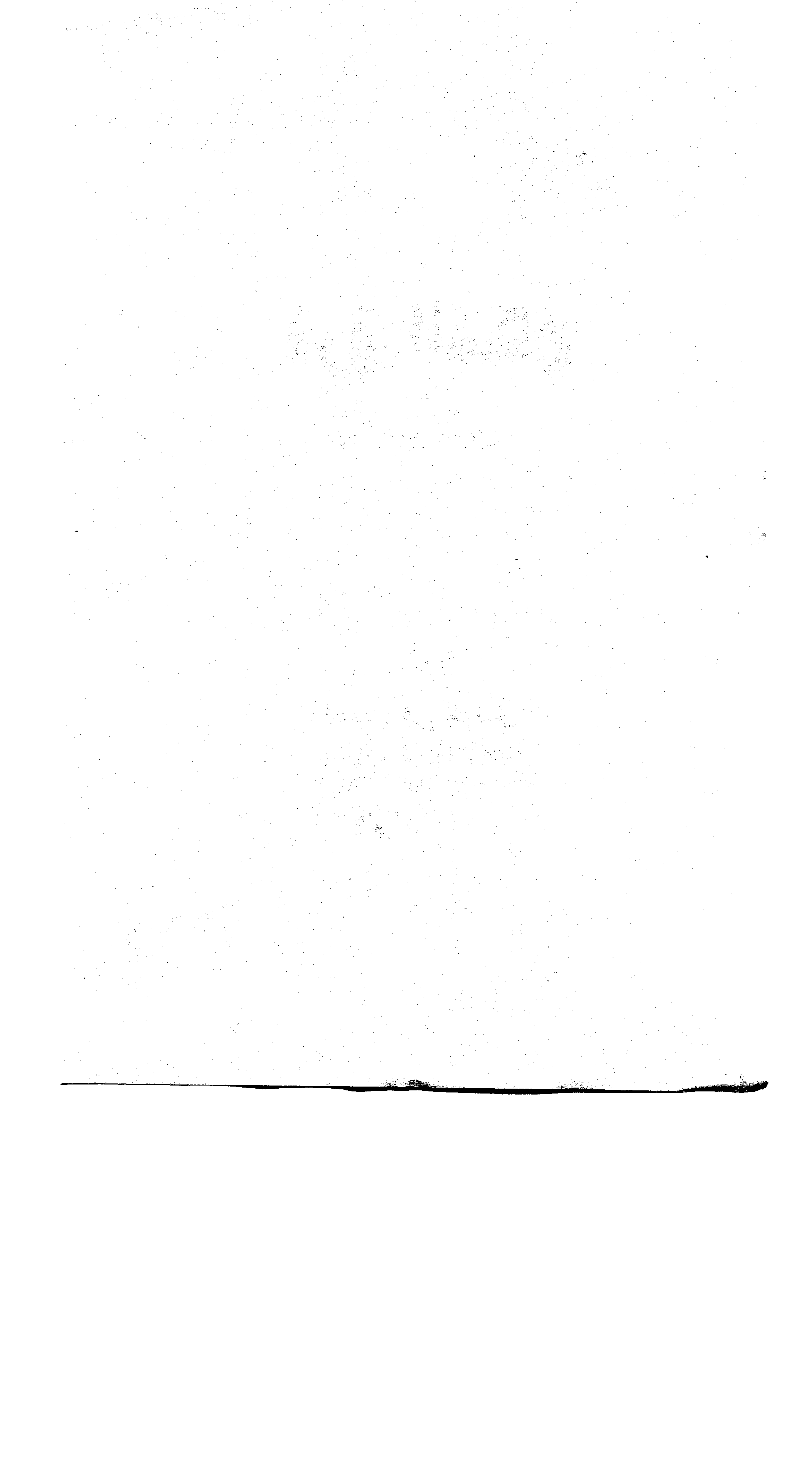
فرق النكاح

(القسم الثانى)

دكتور

أحمد زكى عويس

رئيس قسم الشريعة الإسلامية
وكيل كلية الحقوق - جامعة طنطا





﴿سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا

إنك أنت العليم الحكيم﴾

صدق الله العظيم

القسم الثانى

فــرق النكــاح

وفيه أربعة أبواب هى :

الباب الأول : الطلاق وأقسامه .

الباب الثانى : التفريق بواسطة القضاء .

الباب الثالث : اللعان والإيلاء والظهار .

الباب الرابع : العدة وأنواعها وأحكامها .

فرق النكاح

تمهيد : الفرق جمع فرقة . . . والفرقة تطلق عند أهل اللغة على الافتراق ، والافتراق ضد الاجتماع . . . وهو لفظ عام يطلق على حدوث الافتراق بين أى مجتمعين سواء أكانوا أزواجا أم لا . . . ولكنها تعنى عند الفقهاء إنفصام العلاقةالزوجية بين الزوجين . وهذه الفرقة قد تكون من الزوج فيطلق عليها طلاقا ، وقد تكون من القضاء فيطلق عليها فسخا لعقد النكاح ، وقد تكون انفساخا ، وهذا الانفساخ لا يحتاج إلى الزوج أو القضاء . فالفرقة كما تطلق على الأثر تطلق على السبب المشروع الموصل إليها كما ذكرنا ، وعقد النكاح من العقود الهامة والخطيرة وهذا العقد يحتاج إلى الدوام والاستقرار لكى يحقق

الفائدة والمقصد العظيم الذى شرعه المولى من أجلها ، والتى تحدثنا عنها فى القسم الأول ، لذا أمرنا بحسن اختيار الزوجة بأن تكون متدينة ، قال ﷺ : " فاظفر بذات الدين تربت يداك " ، ولا مانع من وجود جمال أو مال أو حسب بجانب التدين ، فقد حذرنا رسولنا من الاقتصار على الجمال فقط إلى آخره ، قال ﷺ : " إياكم وخضراء الدمن " . كما أمرنا المولى بحسن المعاشرة والتسامح قال جل شأنه : " وعاشروهن بالمعروف " ، ونهانا عن إلحاق الضرر بها فقال تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " ، بل إن المولى نبهنا لعدم تطليق الزوجة لمجرد الشعور بالكراهية فقد تكون كراهية طارئة ، تزول بمجرد زوال سببها فقال جل شأنه : " فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا " . وقال ﷺ : " لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضى منها آخر " أى لا يبغض مؤمن مؤمنة فيطلقها لذلك فإن كره منها خلقا رضى منها آخر . وفى ذلك يقول عمر الفاروق رضى الله عنه لمن أراد تطليق امرأته لأنه لا يحبها : ويحك أولم تبن البيوت إلا على الحب ؟ فأين الرعاية وأين التذمم ؟ أى أين واجب الرعاية الملقى على عاتقك لأن المولى أعطاك حق القوامة ، وأين الترفع والبعد عن الأعمال التى تتنافى مع الكرامة الإنسانية .

بالإضافة إلى ذلك : وجهنا المولى إلى الصلح وإصلاح ذات البين فقال تعالى : " وإن امرأة خافت من زوجها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح

خير " ، وأعطى للزوج حق التأديب إذا ارتكبت الزوجة ما يستوجبه فقال : " واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " ، ونص أيضا القرآن على تدخل الأهل للإصلاح بينهما فقال تعالى : " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها . إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما " .وإذا استخدمت كل هذه الوسائل الشرعية ، وظلت سفينة الحياة الزوجية مضطربة ، حينئذ يكون استخدام المشرط وإجراء عملية بتر لهذه الحياة التى لم ينفع معها علاج ، وذلك بالتفريق بينهما بالطلاق ، قال تعالى : " وإن تفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما " فالطلاق هو العلاج الناجع فى هذه الحالة . وقد جعله المولى على ثلاث مراحل فقال تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . . إلى قوله : فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " .

والفرق ـ فرق النكاح – نوعان : نوع يعتبر طلاقا والنوع الآخر فسخا . والفرق بين النوعين : أن الأول إنهاء لرابطةالزوجية فىالحال إن كان الطلاق بائنا ، أو فى المآل إن كان الطلاق رجعيا ، وأما الفسخ فهو اعتبار العقد كأن لم يكن من وقت إبرامه كالفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة ، أو من وقت وقوع سببه إذا حدثت ردة من أحد الزوجين . وسنتحدث عن الآثار المترتبة على كلاهما فى حينه .

الباب الأول

الطلاق وأقسامه

سنتحدث بالتفريق بالطلاق وحكمه ولمن يكون حق الطلاق في الفصل الأول ؟ ثم نتحدث عن أركان الطلاق وكيفية وقوع الطلاق ، وحكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد في الفصل الثاني ، ثم نتحدث عن أقسام الطلاق المتعددة في الفصل الثالث ، ثم نتبع ذلك بالحديث عن الإنابة في الطلاق والتفويض فيه في الفصل الرابع ، ثم نختم هذا الباب بالحديث عن الطلاق على مال (الخلع) في الفصل الخامس .

الفصل الأول

التعريف بالطلاق وحكمه ولمن يكون حق الطلاق

الطلاق لغة : التحرر من قيد ونحوه . فالطلاق والإطلاق للدلالة على الإرسال ورفع القيد والمفارقة ، يقال أطلق الأسير إذا حرره ورفع القيد عنه ، ويقال : أطلقت الناقة إذا أرسلتها وفككت قيدها أو خليت بينها وبين المرعى ، وطلق الرجل زوجته أي فارقها بحل وثاق الزوجية ، هذا وقد خص العرف الطلاق برفع القيد المعنوي ، والإطلاق برفع القيد الحسي وشرعا : حل عقد النكاح الصحيح المنعقد بين الزوجين من الزوج بلفظ مخصوص – مادة الطلاق أو ما في معناها – في

الحال أو المآل . ويقصد بالحال هنا الطلاق البائن وبالمآل الطلاق الرجعي وسنقوم بتفصيل النوعين . واللفظ المخصوص : قد يكون صريحا أو كناية ، والكتابة والإشارة تقوم مقام اللفظ ، وسنفصل كل هذا في حينه ، والطلاق منصوص عليه في القرآن والسنة وأجمع الفقهاء على مشروعيته .

حكمة مشروعية الطلاق : النكاح عقد من أخطر العقود لذا أحاطه المولى بضمانات كثيرة ليكون مستقرا ويحقق الثمار والغايات التى أرادها المولى سبحانه منه ، وجعله على التأجيل ، وتأقيته مبطل له . لذا أقيم المودة والرحمة والتعاطف والثقة والمعاشرة بالمعروف ، ووضع من الوسائل الإصلاحية ما يكفى لرأب أى تصدع أو شقاق فى هذه الحياة الزوجية ، ولكن إذا استحكم الخلاف بينهما وترتب عليه تنافر فى القلوب ، فإن المولى دعى الزوجية إلى علاج هذا التنافر ، وحذرهما من الاستمرار فيه فقد يكون سببه مؤقتا يزول بزواله ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا يحق لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا " [1]. فقد أمر المولى سبحانه الأزواج فى هذه الآية الكريمة بالمعاشرة الطيبة التى جرى بها

---

(١) الآية " ١٩ " من سورة النساء .

العرف ، والتى تحافظ على كرامتها ، ثم شكك المولى فى الكراهية والتنافر الذى تسرب إلى قلبيهما ، ووعدهما بالخير الكثير إذا اتبعا أوامر الشرع بوأد هذه الكراهية ، فقال جل شأنه : " فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا " .

ومن أسباب التنافر المؤدى للطلاق : إخفاء أحدهما أشياء عن الآخر عند عقد النكاح ، ثم تتكشف بعده ، مما يترتب عليه زعزعة الثقة بينهما . أو إصابة أحد الزوجين بمرض عضال يحيل حياتهما إلى جحيم لا يطاق ، لذا فتح الشارع الباب لإنهاء عقد النكاح فى هذه الحالات ، لاستحالة الحياة بينهما ، فالطلاق هو العلاج الوحيد لهذه الحالات ، واللجوء إليه بعد استنفاذ جميع الطرق الإصلاحية التى أرشد إليها الشارع من تأديب وإصلاح داخلى وبعث الحكمان ، قال تعالى : " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا " [٢].

حكم الطلاق : يقصد بحكم الطلاق صفته الشرعية : وقبل الحديث عن حكمه ، نوضح الأصل فى مشروعيته ، لأن الفقهاء اختلفوا فيها :

فالبعض يرى : أن الأصل فيه المنع إلا إذا وجدت حاجة أو ضرورة لقوله تعالى : " فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن

---

(٢) النساء آية " ٣٥ " .

الله كان عليا كبيرا " [٣]. فالآية واضحة فى أن الزوج ليس له سبيل على زوجته من ضرب أو هجران طالما كانت تقوم بواجب الطاعة كاملا ، وليس له طلاقها من باب أولى دون حاجة ، لذا ختم المولى الآية بتهديد الأزواج الباغين على نسائهم بقوله " إن الله كان عليا كبيرا " ينتقم من الظالمين الباغين .

وقال ﷺ : " ما أحل الله شيئا أبغض من الطلاق " ، وقال أيضا : " لا تطلقوا النساء إلا من ريبة فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات " .

ويرى البعض : أن الأصل فيه الإباحة : واستند فى ذلك إلى قوله تعالى : " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " فلقد نفىالمولى فى الآية الجناح عن المطلق أى أنه ليس بآثم ، وذلك معناه الإباحة . واستدلوا أيضا بفعل أصحاب الرسول ﷺ فقد كانوا يطلقون ولا يسألون عن وجه الحاجة .

الراجح : هو الرأى الأول كما يرى أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة : بدليل أن الطلاق علق بإذا الشرطية فى قوله تعالى : " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " [٤]. وفى هذا التعليق إشارة إلى أن الطلاق خلاف الأصل فى العلاقة

---

(٣) النساء آية " ٣٤ " .
(٤) الطلاق آية " ١ " .

للزوجية ، فالنكاح من العقود المؤبدة اللازمة . هذا بالإضافة إلى أن القاعدة العامة فى العقود : عدم انفراد أحد المتعاقدين بإنهائها ولكن أجيز للزوج فى عقد النكاح للحاجة ، فإذا عدمت الحاجة كان منع الأزواج من استخدام الطلاق هو الأصل .

وأما حكم الطلاق : الطلاق قد يكون واجبا وقد يكون مباحا وقد يكون مندوبا إليه وقد يكون محرما . فالطلاق الواجب هو طلاق الحكمين عند حدوث شقاق بين الزوجين ويعجز الحكمان عن الإصلاح بينهما . كما يكون عند ارتكاب الزوجة أمرا يقضى على الحياة الزوجية وذلك بسلوكها سلوكا مريبا يضر بعرضها أو شرفها ، أو كان بالزوج عيب من العيوب يمنع استمرار الحياة الزوجية ، كالعنة أو الجب أو ما شابه ذلك .

والطلاق المباح هو الذى يكون الباعث عليه ضعيفا كمجرد النفور الطبيعى بين الزوجين أو إذا كان بها عيب يمنع عشرتها

والطلاق المندوب إليه هو الطلاق الذى يكون لسوء أخلاق الزوج بإيذاء الزوج أو أقاربه أو جيرانه بالقول أو بالفعل أو كانت مفرطة فى حقوق الله المفروضة عليها من صلاة وزكاة وصيام ، فالمرأة بهذا السلوك المشين تعد قدوة سيئة لبنيها وبناتها ، لذا استحب طلاقها ، لإبعادها عن الأولاد لكى لا يتعودوا على هذا المنهج السيء .

والطلاق المحرم هو الطلاق من غير ضرورة ولا حاجة أى انه يكون واقعا على غير الوجه المشروع ، وأوضح مثال لذلك : تطليق امرأته أثناء حيضها لإلحاق الضرر بها بتطويل العدة عليها ، وهذا مخالف لقوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرر " ، فوصف الطلاق هنا بأنه محرم لأنه يضر بنفسه وزوجته .

لمن يكون حق الطلاق : بالنظر فى القرآن الكريم والسنة المطهرة ، نجد أن الشارع الحكيم أعطى حق الطلاق للزوج ، قال تعالى : " يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " (٥). وقال تعالى أيضا : " ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " (٦). وقال تعالى أيضا : " يا أيها النبى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن " (٧). وقال تعالى أيضا : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا " (٨). وقال ﷺ فى رواية ابن عمر : أنه طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال رسول الله ﷺ : " مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق بها النساء " متفق عليه .

---

(٥) الطلاق آية " ١ " .
(٦) البقرة آية " ٢٢٦ " .
(٧) الأحزاب آية " ٤٩ " .
(٨) النساء آية " ٢٠ " .

وقوله ﷺ : " ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " (٩). فجميع هذه النصوص تقرر أن الطلاق حق للزوج ، وإعطاء الزوج هذا الحق لأنه المسئول مسئولية كاملة عن أسرته إنفاقا ورعاية فالغرم والغنم بالإضافة إلى توافر الحرص الكامل لديه للمحافظة على هذه الرابطة ، وكيف لا يحافظ عليها بعد أن تكبد النفقات الباهظة من مهر وأثاث وبناء أو تأجير شقة لمسكن للزوجية ، هذا بالإضافة إلى أنه أكثر تحكما فى ضبط مشاعره من المرأة التى تتمتع بعاطفة قوية تؤثر فى قراراتها ، ونظرا لعدم تحملها النفقات فى زواجها فإن قرارها سيكون مشوبا بالتسرع وعدم التروى .

ومع ذلك فإن المولى سبحانه وتعالى لم يهمل المرأة وإنما جعل حق افتداء نفسها بالمخالعة ، بان ترد عليه المهر الذى دفعه لها ، قال تعالى : " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (١٠). كما أن لها اللجوء إلى القضاء للتفريق بينها وبين زوجها إذا أساء عشرتها أو لم يقم بالإنفاق عليها ، أو لحقها ضرر لوجود عيب المانعة من المعاشرة الجنسية ، بل إن لها أن تضيف شرطا فى عقد النكاح بجعل العصمة بيدها كما يرى جانب من الفقه .

---

(٩) ملتقى الأخيار بشرح نيل الأوطار ٣٠٢/٦ .

(١٠) البقرة آية " ٢٢٩ " .

وإعطاء الرجل حق الطلاق ليس على إطلاقه وإنما هو مقيد بموافقته لمنهج الله وشرع الله لتحقيق الهدف من عقد النكاح ولكيلا لا يكون ذريعة للضرر والفساد .

سلب الزوج الحق فى التطليق وإعطائه للقاضى : دعا البعض سلب الأزواج الحق فى تطليق زوجاتهم ، وإعطائه للقاضى ، وفى ذلك تسوية بين الرجل وامرأته ، كما أن فيه الضمان الكامل لاستقرار الأسرة وعدم إساءة استخدام سلطة الأزواج فى التطليق ، ولقد تزعم هذه الدعوى كتاب كثيرون وروجوا لها مستندين فى ذلك إلى القوانين الأوربية وخاصة القانون المدنى الفرنسى . ولقد تصدى لهذه الدعوة أستاذنا الدكتور زكى الدين شعبان فى مؤلفه : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية [11] ، إن هذا القول والادعاء لا يصدر إلا ممن غفل عن الحقائق الآتية :

١- إن إعطاء الزوج حق الطلاق بحيث لا يمكن إيقاعه أحد سواه إلا بتوكيل منه أو تفويض ، وضع إلهى وتشريع سماوى كما دلت على ذلك النصوص الشرعية الثابتة التى لا تقبل التأويل ، ولا يجوز للقاضى أن يتدخل فى التفريق بين الزوجين إلا إذا فات الإمساك بالمعروف ، وامتنع الزوج من التسريح بالإحسان ، فيقوم القاضى بالتفريق بينهما رفعا للظلم عن الزوجة ، فسلب الأزواج هذا الحق فى جميع الأحوال مخالف للمقرر فى الشريعة وهو لا يجوز ،

---

(١١) رقم ٣٧٥ .

والقانون الذى يتضمن ذلك لا يكون قانونا مأخوذا من الشريعة الإسلامية بل من القوانين الأجنبية .

٢- إن جعل الطلاق بيد القاضى فى الواقع حكم على الرجال جميعا بدون تفرقة بين مثقف وجاهل بأنهم سفهاء لا يحسنون التصرف ولا يوثق بهم فى أخص شأن من شئون حياتهم ، ومن ثم يجب الحجر عليهم فى الطلاق صيانة لرابطة الأسرة من العبث وسوء الاستعمال الذى صار من خصائص الرجال .

٣- إن عدم صلاحية الحياة الزوجية للبقاء قد يكون سببه نفورا طبيعيا وعدم تلاؤم فى الأخلاق والطباع ، وهذه أمور نفسية يعسر إثباتها فإذا جعل الطلاق بيد القاضى وتقدم الزوج طالبا الطلاق لأنه أصبح يبغض زوجته ، وإن حبل المودة قد تقطع بينهما ، وإنه حاول الإصلاح فلم يفلح ، فما هى الوسيلة التى يستطيع بها الزوج إثبات بغضه ؟ وهل يطلق القاضى حينئذ أم لا يطلق ؟ فإن طلق فما الفرق بين طلاقه وطلاق الزوج نفسه ؟ وإن لم يطلق القاضى : فهل تكون هناك حياة زوجية مع هذه الحياة يشعر فيها الزوجان بالهناءة والسعادة ، ويتربى فى ظلها الأبناء تربية مستقيمة ، لا شك أن شيئا من ذلك لن يتحقق ، وإن المصلحة تقتضى بقطع العلاقة ، ولا فرق أن يكون قطعها بيد الزوج أو بيد القاضى ، وإذا كان سبب فساد العلاقة أمر آخر غير الحب

والبغض كسوء سلوك الزوجة أو وجود عيب خفى فيها وما أشبه ذلك من الأمور التى تنهى الشريعة عن إظهارها وأوجبت الستر فيها ، يكون من المصلحة الاجتماعية نشر ذلك فى دور المحاكم وتسجيله فى سجلاتها ؟ لا شك أن ذلك لن يكون من المصلحة الاجتماعية فى شىء ، والواجب أن تصان الأسرة والمجتمع عن مثل هذه الشرور والمفاسد التى يربو ضررها على ضرر الطلاق وكثرته . ومن التشريعات التى أخذت باقتراح الكتاب التشريع الليبى والتونسى ، فلقد نصت المادة الثانية والعشرون على أن : " الطلاق حل عقدة الزوج ، وفى جميع الأحوال لا يثبت الطلاق إلا بحكم من المحكمة المختصة وذلك مع مراعاة أحكام المادة الخامسة والثلاثين من هذا القانون " وجاء نص المادة الخامسة والثلاثين على النحو الآتى :

(أ) يقع الطلاق باتفاق الزوجين فى حضور الزوجين أو وكيلهما بوكالة خاصة .

(ب) يوثق الطلاق الذى يقع باتفاق الطرفين لدى المحكمة المختصة .

(جـ) إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق فيحق لكل منهما أن يطلب التطليق من المحكمة المختصة وفقا لأحكام المواد التالية .

ونصت المادة السابعة والأربعون على أنـه : " يثبت الطـلاق أمام المحكمة بتصريح ممن يملكه فى حضور الطرف الآخـر أو وكيله إن تعذر حضوره شـخصيا وذلـك كلـه بعـد اسـتنفاذ جميـع محاولات الصلح بين الطرفين " .

وبـالنظر فـى هـذه المـواد نجـد أن الصياغـة معيبـة لأنهـا غامضـة ، لأنه فى المادة الثامنة والعشرين لم يمـس حـق الـزوج فى التطليق بإرادته المنفردة ، ولكنـه ألزمـه فـى المـادة الخامسـة والثلاثين بإثباته أمام المحكمة منعا للمشاحنة وحرصا على حقوق الزوجين ، ولكن ربـط المشـرع الليبـى المـادة الثامنـة والعشـرين بالمـادة الخامسـة والثلاثيـن يـؤدى إلـى إلغـاء حـق الـزوج فـى التطليق ، وإلا لما كانت هناك ضرورة للنص على حقه فى طلب التفريـق عنـد تعـذر الاتفـاق وإلزامـه بـالتصريح بـالطلاق أمـام المحكمـة وفـى حضـور الطـرف الآخـر وبعـد اسـتنفاذ جميـع محـاولات الصلـح كمـا جـاء بالمـادة الثالثـة أى المـادة السـابعة والأربعون . ولكن المشرع التونسي كان صريحا وواضحا فنص على أن الطلاق لا يقع إلا لدى القاضى .

خلاصة القول فى هـذه المسـألة : إن هـذا الاقـتراح لا يـترتب عليه حل المشكلة بل يترتب عليه تعقيدها ، لأن أسـباب الطـلاق ليست جميعها ظاهرة أمام الأعين ، وإنما بعضها يكون كامنا فـى النفس كالبغض والنفور أو سلوك الزوجة المشين أو وجود عيـب بها أو به ، وقد أمر الشارع أمرنا بالستر لأن كشف هذه الأسرار

والعيوب يلحق أبلغ الضرر بالزوجة أو الزوج ، كما أن أحدهما لا يستطيع إقامة البينة على النفور أو الكره الكائن بنفسه .

هذا بالإضافة إلى أن الطلاق جعله الله أبغض الحلال ، لذا لا يلجأ إليه الزوج إلا عند الضرورة ، وقد نفر الرسول منه في أكثر من أثر ، من ذلك : قال ﷺ : " لا تطلق النساء من ريبة ، إن الله لا يحب الذواقين والذواقات " . وقوله أيضا : " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة " . لذا قال جمهور الفقهاء : إن الأصل في الطلاق الحظر ، ولا يباح إلا عند وجوب سبب يدعو إليه كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها الزوج أو أهله أو الجيران بالقول أو الفعل .

أركان الطلاق وكيفية وقوعه ، وحكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أركان الطلاق : يرى الجمهور أن أركان الطلاق أربعة :

أولها : الزوج : فالطلاق لا يقع من الأجنبى لأنه لا يملك عقد النكاح ، لأن الطلاق حل لرابطة الزوجية وانقطاع العلاقة التى تربط بين الزوجين ، فماهية الطلاق لا يمكن تحقيقها إلا بعد انعقاد النكاح ، وحتى ولو قال أجنبى : إن تزوجت فلانة فهى طالق ، فإن هذا النوع من الطلاق لا يقع ، لأنه لم يكن زوجا عندما تلفظ بهذه العبارة . وذلك استنادا لقوله ﷺ : " لا طلاق إلا بعد النكاح " .

ثانيها : الزوجة : فالطلاق لا يقع على الأجنبية ، والمطلقة طلاقا بائنا ولم يعقد عليها مطلقا عقدا جديدا ملحقة بالأجنبية ، فإذا قام بطلاقها ثانية فإن هذا الطلاق لا يكون معتبرا لأن رابطة الزوجية لم تعد موجودة ، وأما المطلقة طلاقا رجعيا فإنها فى حكم الزوجة .

ثالثها : الصيغة : وهى اللفظ الدال على انحلال رابطة الزوجية ، سواء كان اللفظ صريحا أو كناية أو كتابة أو إشارة .

رابعها : النية : والنية هى العقد : فحل عقد النكاح لابد له من قصد ، لذا لا يقع طلاق الصبى والمجنون والمكره .

وأما الحنفية : فيقولون بأن ركن الطلاق هو الصيغة فقط ، والطلاق عندهم بواحد من ثلاثة : العبارة والإشارة والكتابة .

شروط من يصح طلاقه :

اتفق الفقهاء على اشتراط شروط معينة فى الزوج عند استخدامه لحقه فى تطليق امرأته لكى يكون طلاقه صحيحا ومعتبرا شرعا ، من ذلك :

الشرط الأول : أن يكون عاقلا : فالمجنون لا يقع طلاقه لأنه ذاهب العقل ، وكذا المعتوه لأنه ضعيف العقل ، وقد بلغ من ضعف عقله أنه يخلط فى كلامه ولا يحسن التدبير ، ويلحق بهم كل من اختل عقله لعلة المرض أو الكبر أو المصيبة ، وكذا المدهوش وهو الذى اعترته حالة انفعال شديد لا يدرى فى هذه الفترة ما يقول أو يفعل ، والدهشة قد تكون نتيجة لحياء أو خوف ، فجميع هذه الأصناف لا يقع طلاقهم لأن العقل وهو أداة التفكير ومناط التكليف منتف عنهم ولا وجود له .

الشرط الثانى : أن يكون بالغا فالصبى وإن كان مميزا لا يقع طلاقه بالاتفاق بين الحنفية ، لأن الطلاق من التصرفات التى يغلب عليها الضرر ، والصبى المميز لا يملك من التصرفات إلا ما كان منها نافعا نفعا محضا عندهم ، وهذا الشرط أصبح لاغيا عملا لأن معظم القوانين منعت تزويج الصبيان بل وقررت عقوبات لمن يخالفها .

الشرط الثالث : أن يكون مختارا : فالمكره لا يقع طلاقه لأن ما يصدر عنه يعتبر لغوا لأن طلاقه لم يكن صادرا منه بإرادته واختياره ، وإنما قهرا وجبرا عنه ، ولكن الحنفية خالفوا ما يراه جمهور الفقهاء وقالوا : بوقوع طلاق المكره وسنفصل ذلك بعد قليل .

الشرط الرابع : أن يتلفظ الزوج بما يدل على الطلاق مع علمه بدلالة ما يتلفظ به فالطلاق لا يمكن أن يقع بمجرد النية فى التطليق ، فلابد أن تخرج هذه النية إلى الوجود باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة عند العجز عن النطق ، وحديثنا عن هذه الشروط يستتبع توضيح آراء الفقهاء فىطلاق المخطىء والهازل والسكران والغضبان والسفيه والمريض .

أولا طلاق المخطىء : المخطىء هو : هو من سبق لسانه إلى لفظ لايقصده ولا يريده ، مثال ذلك : أن يقول الزوج لامرأته أنت فاضلة ، فنطق لسانه طالقة بدلا من فاضلة خطأ : من الناحية القضائية : الطلاق واقع ، لأن القاضى يحكم بالظاهر ، لأن النية من الأمور الباطنية التى لا اطلاع لأحد عليها غير المولى سبحانه وتعالى ، ومن أقوال رسولنا الكريم : " أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر " وأما من الناحية الدينية فإن هذا النوع من الطلاق لا يقع استنادا إلى قول رسولنا الكريم : " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " والفيصل فى ذلك نية الزوج ، فإن كان الخطأ واقعا منه فى اللفظ ولا نية عنده

فى إيقاع الطلاق أو إرادته ، فالأعمال بالنيات ولا يستطيع إنسان ما أن يعلم ما فى داخله غير الخالق كما قلنا ، لأنه المحاسب على النوايا ، يقول ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى " فإذا ادعى الخطأ فهو كاذب فعقابه يوم الحساب . والحنفية هم الذين ذهبوا إلى وقوع طلاق المخطىء فقد ذكر الكاسانى فى البدائع ج ٣ رقم ١٠٠ " أن المطلق ليس بشرط أن يكون عامدا وأن طلاق المخطىء يقع " . وأما الجمهور فيرى عدم وقوع طلاقه .

ثانيا طلاق السكران : هو الذى يتناول ما يغيب العقل سواء كان خمرا أو غيره ، بحيث لا يعى ما يقول أو ما يفعل بعد إفاقته ، اختلف الفقهاء فى وقوع طلاقه ، سواء سكر بمحرم أم لا ، فجمهور الفقهاء يرى : أن طلاق السكران لا يقع إذا كان السكر ناتجا من الإكراه أو لضرورة وذلك فى حالة خوفه الهلاك من العطش ولم يجد إلا خمرا ، أو لتعاطيه الدواء . فالسكران فى حكم المغمى عليه والنائم والمكره ، فالسكر فى هذه الحالة بغير المحرم . وأما إذا كان سكر بمحرم فإن الجمهور يقول بوقوع طلاقه عقوبة له وزجرا عن ارتكاب المحرم بنص قطعى . قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " (١٢).

---

(١٢) المائدة آية " ٩٠ " .

ويرى بعض الفقهاء : أن طلاقه لا يقع لأنه لا قصد له ولا إرادة صحيحة ، ومعلوم أن التصرفات الصحيحة لابد من توافر القصد والإرادة ، وعلى ذلك فالسكران عباراته ملغاة لا اعتداد بها ، لأن السكر قد أذهب عقله .

وقد كان العمل في المحاكم عندنا برأي الجمهور القائل لوقوع طلاق السكران إذا سكر بمحرم ، ولكن القانون الصادر في عام ١٩٢٩ رقم ٢٥ ، والذي نص في مادته الأولى على عدم وقوع طلاق السكران مطلقا سواء كان سكره بمحرم أو بغير محرم ، وهذا موافق لبعض الفقهاء ومنهم الشيعة الإمامية والظاهرية الذين يقولون بأن طلاق السكران لا يقع سواء أكان السكر بمحرم أم بغير محرم ، بإرادة أم بغير إرادة . فقد جاء في شرائع الإسلام ج ٣ رقم ٣ (فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا من زال عقله بإغماء أو شرب مرقد لعدم القصد) . ويقول ابن حزم في المحلى جـ ١١ رقم ٥٣٥ : (وطلاق السكران غير لازم وكذلك من فقد عقله لغير الخمر) . بل ثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران ، وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة ، بل روى عن داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أن السكران معتوه وطلاقه ليس يلزم) ورد هذا في ج ٢ رقم ١٣٧ من بداية المجتهد لابن رشد ، وما أخذ به القانون هو الرأي الراجح في نظري لأن السكران لا قصد له ولا إرادة كالمجنون ، فكلاهما لا قصد لهما في أقوالهما ، والطلاق غير المقصود لا

يقع والسكران وإن كان متعدى بسكره فله عقوبة حدية أربعون أو ثمانون جلدة مشروعة من الشارع الحكيم ، وإضافة عقوبة أخرى إليها - إيقاع طلاقه - محتاجة إلى دليل ، ولا دليل . فضلا عن امتداد ذلك إلى زوجته وأولاده ، فامرأته تطلق منه بسبب سكر زوجها وهذه العقوبة الموقعة عليها لم يقابلها جرم مقترف ، ومعلوم أنه لا عقوبة بدون جريمة ، وحرمان الأولاد من رعاية أمهم وحنانها بسبب جريمة لا دخل لهم فيها ، وهذا هو عين ما قال به الإمام الشوكانى فقيه الزيدية (إن السكران الذى لا يعقل لا حكم لطلاقه ، لعدم المناط الذى تدور عليه الأحكام) وقد عين الشارع عقوبته ، فليس لنا أن نجاوزها برأينا ونقول يقع طلاقه عقوبة له ، فيجمع له بين غرمين - نيل الأوطار ج ٧ / ٢٤) .

ثالثا : طلاق الهازل : هو من ينطق اللفظ على وجه اللعب واللهو غير قاصد معناه الحقيقى بأى حال ، وقد اختلف فقهاؤنا فى هذا النوع من الطلاق على النحو الآتى :

أولا : يرى الجمهور : وقوع طلاق الهازل . مستدلين لرأيهم بقوله ﷺ : " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة " . رواه الشوكانى فى مؤلفه ج ٧ / ٢٠ بروايات عدة ، ومنها رواية أبو هريرة المذكورة فقد ساوى الرسول الكريم فى الحديث بين الجد والهزل فى الطلاق وقال بوقوعه فى الحالتين ، فنطقه بلفظ الطلاق ولو هزلا سببا لوقوعه ، والمكلف

إذا فعل السبب رتب الشارع عليه الحكم الشرعى ، لأن ربط المسببات بالأسباب من اختصاص الشارع الحكيم ولا دخل للإنسان فى ذلك . كما أن فى ذلك سدا لاتخاذ أحكام الشريعة مجالا للهو واللعب والمزاح ، وإغلاق الباب المؤدى للفساد بإدعاء المطلق أنه كان هازلا ، والمولى سبحانه نهانا عن اللهو واللعب بالأحكام الشرعية . قال تعالى : " ولا تتخذوا آيات الله هزوا " (١٣).

ثانيا : يرى البعض : أن طلاق الهازل لا يقع ، ومن القائلين بهذا بعض الشيعة الإمامية كالباقر والصادق ، ورأى منسوب للإمامين مالك وأحمد بن حنبل ، وقد استدلوا على ذلك : بأن الهازل لا يقصد تطليق زوجته بما نطق به من ألفاظ ، وإذا لم يوجد قصد ونية فإن لفظ الهازل يعتبر لغوا ، قال تعالى : " وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم " (١٤). والهازل لم يعزم على الطلاق ولم يقصده ، فالنية للطلاق غير متوافرة لديه ، وقد قال رسولنا الكريم : " إنما الأعمال بالنيات " . وقال ﷺ أيضا : " إنما الطلاق عن وطر " (١٥). والوطر يقصد به الغرض والحاجة ولا غرض ولا نية ولا حاجة ولا عزم للهازل فى إيقاع الطلاق .

---

(١٣) البقرة آية " ٢٣١ " .

(١٤) البقرة آية " ٢٢٧ " .

(١٥) نيل الأوطار ٧ / ٢٠ .

الراجح : هو الرأى الثانى : لأنه يحافظ على الأسرة وأفرادها من الضياع والتمزيق ، والضرر وشريعتنا الغراء تنهى عن الضرر ، قال ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " ، وهذا لا يعفيه من الوزر والإثم ، لعبثه بالتشريعات الإلهية التى وضعت لصالح العباد ، كما أن الدليل الذى استند إليه الجمهور لم يسلم من النقد .

رابعا : طلاق الغضبان : الغضب هو انفعال يعترى الإنسان بحيث لا يدرى الغضبان ما يقول أو يفعل ، ولقد حذر الرسول المسلم من الغضب فى أكثر من حديث ، ودعاه إلى التحلى بالصبر وكظم الغيظ والعفو ، قال تعالى : " والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس " [١٦]. فالغضب انفعال عدوانى يسلب المرء عقله ، ويجعله فى حالة معينة بحيث يقدم على تصرفات يندم عليها غالبا بعد زوال الغضب وانقشاعه والسؤال الذى يهمنا فى هذا المقام : ما حكم طلاق الغضبان ؟

الراجح أن طلاقه لا يقع لقوله ﷺ : " لا طلاق فى إغلاق " والإغلاق هو الغضب وسمى إغلاقا لأن الغضب يغلق باب الإرادة والقصد ويسد عليه طريق الوعى والإدراك ، وعلى ذلك فالغضب الذى لا يمنع صاحبه من معرفة ما يقوله وما يفعله وما يقصده يترتب عليه وقوع الطلاق الصادر منه ، والغضب الذى

---

(١٦) آل عمران آية " ١٣٤ " .

قصده الرسول فى الحديث هو الذى يزيل العقل فلا يشعر ولا يدرى ما يقول أو يفعل .

خامسا : طلاق السفيه : السفه لغة : الخفة والحركة ، ويستخدم هذا اللفظ فى الجهل وخفة الحلم والطيش ونقصان العقل ، وسواء كان الجهل فى الأمور الدينية أو الدنيوية ، فالسفيه هو الجاهل الذى خف حلمه ونقص عقله فأصبح مبذرا لماله . لذا أجاز الفقهاء الحجر عليه ومنعه من التصرفات المالية ، للحفاظ على ماله من الضياع لمصلحته ومصلحة زوجته وأولاده ، لذا قال المولى سبحانه وتعالى : " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما " (١٧).

والسؤال الذى يهمنا فى هذا المقام هو : هل طلاق السفيه يقع أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو الآتى :

يرى الجمهور : أن طلاقه يقع لأن السفيه بالغ عاقل ، والحجر عليه فى التصرفات المالية فقط ، وعلى ذلك فجميع تصرفاته الأخرى صحيحة ومعتبرة ومنها طلاقه لامرأته فإنه صحيح ويقع دون ما حاجة إلى إجازة القيم .

وخالف الشيعة الإمامية : وقالوا بعدم وقوع طلاق السفيه إلا بموافقة القيم على ذلك ، فطلاقه موقوف على اجازته ، لأن الطلاق من التصرفات التى يترتب عليها حقوق مالية من مؤخر

---

(١٧) النساء آية " ٥ " .

الصداق والنفقة إلى آخره ، والسفيه ممنوع من التصرفات المالية كما هو معروف .

الراجح : هو رأى الجمهور : لأن الطلاق هو من الحقوق الشخصية ، الملاصقة للإنسان حتى وإن ترتب عليه حقوق مالية ، فالأثر المالى للطلاق لا يختلف ولا يتغير سواء أجاز القيم الطلاق ووافق عليه أم لا .

سادسا : طلاق المريض : الطلاق حق من حقوق الزوج يوقعه فى أى وقت يشاء طالما وجدت حاجة أو ضرورة ، وسواء كان الزوج مريضا أو صحيحا ، ما دام متمتعا بالأهلية الكاملة ، فإذا توفى بعد طلاقه لها طلاقا رجعيا وهى فى عدتها ورثته مطلقته بالاتفاق بين الفقهاء ، لأن الزوجية قائمة بينهما حكما ، وسواء كان الزوج مريضا أو صحيحا ، وأما إذا طلقها طلاقا بائنا بينونة صغرى أو كبرى وتوفى بعده ، فإنها لا ترثه ، وسواء حدثت الوفاة فى عدتها أو بعد انتهائها ، وهذا الحكم لا خلاف عليه سواء حدث الطلاق فى صحته أو مرضه بشرط ألا يكون المرض مرض موت ، لأن الفقهاء قد اختلفوا فى طلاق المريض مرض موت ، وسنتحدث عن أحكام طلاق المريض مرضا مميتا فى المبحث الخامس من الفصل الثالث وأما ركن الطلاق عندهم : هو اللفظ الذى يفيد معنى الطلاق أو ما يقوم مقامه من الكتابة والإشارة .

أولا : الطلاق بالعبارة : صدور اللفظ الدال على حل رابطة النكاح ، صراحة أو كناية ، منجزا أو معلقا أو مضافا ، بشرط أن يكون مصدره فاهما لمعناه ، هذا عند جمهور الفقهاء ، وأما الشيعة الإمامية : فقد خالفوا الجمهور واشترطوا في عبارة الطلاق : أن يكون اللفظ صريحا من مادة الطلاق بصيغة اسم الفاعل كأنت طالق ، وأن يكون اللفظ غير معلق على شرط أو صفة ، واشترطوا ايضا : حضور شاهدين عدلين سامعين للفظ الطلاق ، ولا يقع الطلاق عندهم إلا باللغة العربية بنفسه إذا كان متحدثا بها أو قادرا على التحدث بها أو بوكيله إذا كان أعجميا أو أخرسا .

فالصريح : لفظ الطلاق وما تصرف منه : لأنه موضوع له على الخصوص ، يثبت له عرف الشرع والاستعمال . مثال ذلك : أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك أو يا مطلقة ، والألفاظ المستعملة عرفا من الصريح أيضا : مثل : أنت محرمة وحرمتك وأنت عليّ حرام وما شابه ذلك .

حكم الطلاق الصريح : هذا النوع من الطلاق لا يتوقف على نية أو قرينة ، لذا يقع الطلاق به قضاء وديانة ، فاللفظ الصريح لا يحتاج في دلالته على الطلاق إلى أى شيء آخر معه ، طالما كان المتلفظ به قاصدا النطق به عالما بما يدل عليه ، مع إضافته إلى زوجته .

فإذا قال رجل لزوجته : أنت طالق ، فإن الطلاق يقع سواء نوى الطلاق أو لم ينو ، لأن اللفظ صريح لا يحتاج إلى نية ، فإذا ادعى عدم إرادته الطلاق فإنه لا يصدق إلا إذا وجدت قرينة تصرف هذا اللفظ عن معناه ، مثال ذلك : قراءة أحكام الطلاق من كتاب فقهى أمامها وكانت العبار من ضمن الفقرات التى قرأها ، أو نطق لهذه العبارة عند الحكاية لطلاق غيره ، أو إذا كانت الزوجةموثقة بالحبال وطلبت منه أن يطلقها من وثاقها فيفك قيدها قائلا لها : أنت طالق ، ففى هذه الحالات يصدق فى ادعائه بشرط أن يقسم على إرادته ذلك .

نماذج من أحكام محكمة النقض فى طلاق السكران والمكره والغضبان :

طلاق السكران والمكره :

طلاق الزوج ، وقوعه متى كان عاقلا بالغا . الاستثناء ، طلاق السكران والمكره لا يقع ، علة ذلك .

الأصل فى فقه الشريعة الإسلامية أن طلاق الزوج يقع متى كان عاقلا بالغا ، لأن الأهلية تتحقق بالعقل المميز ، إلا أن جمهور الفقهاء استثنوا من ذلك طلاق السكران والمكره فذهبوا إلى أن طلاقهما لا يقع لانتفاء القصد الصحيح أو مظنته فى الأول وفساد الاختيار لدى الثانى ، وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحكم ، فنص عليه فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية . (نقض ١٩٨١/١٢/٨ طعن ٣١ س ٥٠ ق) .

إغفال الحكم طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات واقعة إكراه الطاعن على الطلاق ، إقامة قضاءه باستبعاد الإكراه على قرائن لها أصلها في الأوراق ، لا عيب ، علة ذلك .

إذا كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد استبعد إكراه الطاعن على الطلاق وأطرح طلبه بإحالة الدعوى إلى التحقيق ، وعول على القرائن التي استخلصها من ظروف الحال في الدعوى وما قدم فيها من مستندات ، وكانت تقريرات الحكم في هذا الشأن سائغة ولها سندها الثابت ، وكان إجماع الفقهاء على أن القاضي لا يقف على ظواهر البينات ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر اعتبارا بأن " القضاء فهم " وإن من القرائن التي يستنبطها القاضي من دلائل ما لا يسوغ تعطيل شهادته ، إذ منها ما هو أقوى بكثير من دلائل الحال ما لا يسوغ تعطيل شهادته ، إذ منها ما هو أقوى بكثير من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب ، فإن تعييب الحكم بعدم إجابته طلب الإحالة إلى التحقيق ولاستناده إلى القرائن دون البينة في نفي الإكراه المدعى به فضلا عن النعي على سلامة استدلاله يكون على غير أساس (نقض ١٩٨١/٦/٢٣ طعن ٢٨ س ٥٠ ق) .

طلاق الغضبان :

طلاق الغضبان في الفقه الحنفي . عدم وقوعه إذا أفقده الغضب الإرادة والإدراك الصحيحين . تقدير ذلك من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا . عدم وجود معيار للمدة التى يستغرقها الغضب .

المقرر في فقه الحنفية الواجب العمل به وفقا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ به الغضب مبلغا لا يدرى معه ما يقول أو يفعل أو يصل إلى حالة من الهذيان يغلب عليه فيها الاضطراب في أقواله أو أفعاله وذلك لافتقاده الإرادة والإدراك الصحيحين ولما كان تقدير توافر الأدلة على قيام حالة الغضب هذه هو مما يدخل فيها امحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل في الدعوى فلا تخضع بصدده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغا وكان لا يوجد معيار طبى أو غير طبى للمدة التى يستغرقها الغضب تبعا لتفاوت مداه ومدى التأثر به بالنسبة لكل حالة (نقض ١٩٨٠/٢/١٣ طعن ٢٨ س ٤٨ ق) .

بطلان طلاق الغضبان . وجوب أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة إيقاع الطلاق لا يكفى أن يكون مبعثه الغضب .

لا يكفى لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة إيقاع الطلاق حتى

تنتج أثرها على إرادة المطلق . (نقض ١٩٨٠/٢/١٣ طعن ٢٨ س ٤٨ ق) .

وأما الكناية : فهي كل لفظ لم يوضع لمعنى الطلاق ولم يجر العرف بقصر استعماله على الطلاق : مثل : الحقي بأهلك أو اذهبي إليهم ، فإن هذه الصيغة تحتمل الطلاق وتحتمل طلب إبعادها عنه مدة عند أهلها .

ويرى ابن قدامة المقدسي الحنبلي أن الكنايات ثلاثة أقسام :

ظاهرة وخفية ومختلف فيها : فالظاهرة ستة ألفاظ : خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأمرك بيدك ، ويلزم التنويه إلى أن للحنابلة في اللفظ الأخير روايتان - أمرك بيدك - : إحداهما : يقع الطلاق بها ثلاثا وإن نوى واحدة ، استناد الروايات عن على وابن عمر وزيد رضي الله عنهم ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا ، ولأنه لفظ يقتضي البينونة بالطلاق ، فوقع ثلاثا كما لو طلق ثلاثا .

والثانية : يقع ما نواه ، لأن الكناية أحد نوعى الطلاق ، فإذا نوى واحدة لم يزد عليها كالصريح ، فإن لم ينو شيئا وقع ثلاثا . وروى عن أحمد بن حنبل أنه يقع به واحدة بائنة ، لأنه لفظ اقتضى البينونة دون العدد .

وأما الكناية الخفية : مثل : اخرجي ، واذهبي وذوقي وتجرعي وأغناك الله لقوله تعالى : " وإن يتفرقا يغن الله كلا

من سعته – النساء / ١٣٠ " ، وأشباه هذا . فهذا يقع به ما نواه ، لأنه محتمل للطلاق . وإن لم ينو شيئا وقعت واحدة لأنه اليقين .

وأما المختلف فيه : مثل : الحقى بأهلك وحبلك على غاربك ، وتزوجى من شئت ، واعتدى ، وأنت حرة ، وقد أعتقتك ، ولا سبيل لى عليك . فقد روى عنه ﷺ برواية أبى هريرة أنه قال : لسودة بنت زمعة : " اعتدى " فجعلها طلقة . متفق عليه .

حكم الطلاق بالكناية : الطلاق لا يقع بها إلا بالنية أو دلالة الحال على أنه أراد بهذه الصيغة الطلاق ، ومن الأمثلة على دلالة الحال : إذا نطق بها فى حالة الغضب أو بعد سؤال زوجته الطلاق ، فإنه يقع فى هذه الحالات . هذا ويلزم التنويه إلى أن المالكية والشافعية لا يعتدون بدلالة الحال ، ويرون أن الطلاق هنا لا يقع إلا إذا وجدت النية وهذا ما أخذت به بعض قوانين الأحوال الشخصية فى العصر الحاضر .

ويرى الشيعة الإمامية : أن الطلاق لا يقع بالكناية ، كما أشار إلى ذلك مؤلف شرائع الإسلام .

وأفضل ما قيل فى هذه المسألة : ما قاله ابن القيم رحمه الله فى زاد المعاد : الله سبحانه ذكر الطلاق ولم يعين له لفظا ، فعلم أنه رد الناس إلى ما يتعارفونه طلاقا فأى لفظ جرى عرفهم به وقع به الطلاق مع النية ، والألفاظ لا تراد لعينها بل للدلالة

على مقاصد لألفاظها ، فإذا تكلم بلفظ دال على معنى وقصد به ذلك المعنى ترتب عليه حكمه ، ولهذا يقع الطلاق من الأعجمى والتركى والهندى بألسنتهم ، بل لو طلق أحدهم بصريح الطلاق بالعربية ولم يفهم معناه لم يقع به شيء قطعا فإنه تكلم بما لا يفهم معناه ولا قصده .

الرأى الراجح : أن الطلاق الصريح أو الكناية لابد لوقوعه من توافر النية لدى قائله ، وهذا موافق لما قاله ابن رشد الجد فى مؤلفه المقدمات الممهدات (قد وقع فى كتاب التخيير والتمليك من المدونة ما ظاهره أن الطلاق يلزم باللفظ دون النية وهو خلاف المنصوص فيه وفى غيره وبعيد فى المعنى لقول النبى : " إنما الأعمال بالنيات " . وعلى ذلك فمن يطلق زوجته بأى لفظ – صريح أو كناية – ولا توجد لديه نية فى طلاقها فهو آثم ومسيء ولكن طلاقه لا يقع ، لذا لا يقع طلاق الهازل والجاهل والمكره والمخطيء والسكران عند بعض الفقهاء .

ثانيا : الطلاق بالإشارة : هذا النوع لا يترتب عليه وقوع الطلاق إلا إذا كان المستخدم له أخرسا عاجزا عن الكتابة على الراجح عند الحنفية ، فالطلاق بالإشارة لا يقع من الشخص القادر على الكتابة ، لأن الكتابة أقوى من الإشارة دلالة ، وأما الإمامية فيعتدون بإشارة الأخرس حتى ولو كان كاتبا بشرط أن

تكون الإشارة مفهمة ولكن الأولى عندهم أن يقوم الأخرس بتوكيل شخص آخر ليقوم بتطليق زوجته لعبارته نيابة عنه .

ثالثا : الطلاق بالكتابة : الكتابة نوعان : مستبينة أى واضحة باقية والمثال الواضح لها : الكتابة على الورق أو الأرض الصلبة أو الحائط . . . وغير مستبينة أى غير واضحة كالكتابة على الماء أو الهواء . وهذا النوع الأخير لا يقع به طلاق ، وأما النوع الأول الواضح الموجه إلى الزوجة فيقع به الطلاق من وقت كتابته إلا إذا قيد الطلاق فى الرسالة المكتوبة بوقوعه فى وقت معين فيؤخذ به ، أى يقع فى الوقت الذى حدده سواء نوى بها الطلاق عند الكتابة أم لا .

أما إذا كانت الكتابة المستبينة غير موجهة إلى الزوجة . مثال ذلك : أن يكتب على الورقة : فلانة طالق ولا يرسلها إليها أو على حائط : طلقت امرأتى فإن هذا الطلاق لا يقع إلا إذا توافرت النية لديه على وقوعه ، وأما الشيعة الإمامية : فالراجح عندهم عدم وقوع الطلاق بالكتابة إلا من العاجز عن النطق سواء كان حاضرا أم غائبا ، وقيل يقع بالكتابة إذا كان غائبا عن الزوجة وليس بمعتمد .

كيفية وقوع الطلاق : لقد أعطى الشارع الحكيم للزوج ثلاث تطليقات ، قال تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا

جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - البقرة / ٢٢٩ ، ٢٣٠ " . وكما نعلم فإن الطلاق فى الجاهلية ليس له عدد محدد فأتت الشريعة بهذا الحكم لترفع عن المرأة هذا الظلم البين ، لأن التحديد بثلاث تطليقات مع جواز المراجعة فى الطلقتين الأوليين ، للحفاظ على العلاقات والروابط المتولدة من النكاح ، ورفعا للحرج الذى سيقع فيه الأزواج المتسرعين فى التلفظ بالطلاق ، كما أن جعله ثلاثا يعطى فرصة للأزواج الذين طلقوا لأمر عارض أو لفترة طارئة ثم زال العارض أو تغيرت الأحوال التى نفرته من زوجته ، فلو جعله المولى سبحانه مرة واحدة لوقع الكثيرون فى حرج . ولقد أوضح الشارع لنا فى الآيتان السابقتان الطريقة التى يجب اتباعها عن إيقاع الطلاق ، ونهانا عن مخالفتها وإلا دخلنا تحت قوله تعالى : " ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " . فالطلاق الذى ملكه الله للرجال يجب أن يكون طلقة طلقة أى مفرقا " الطلاق مرتان " أى مرة تلو مرة . لذلك غضب المصطفى ﷺ من الرجل الذى طلق امرأته ثلاثا مرة واحدة ، وقام وخطب الناس فقال ﷺ : " أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم " .

كما أوضح رسولنا الكريم أن الطلاق يكون فى طهر لم يجامعها فيه ، فقد جاء فى الحديث الذى رواه الجماعة إلا الترمذى أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهى حائض فذكر

عمر هذا للنبي ﷺ فتغيظ رسول الله ثم قال : " مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء " رواه الشوكانى فى مؤلفه نيل الأوطار . فالحديث واضح الدلالة فى أن الطلاق فى الحيض أو فى طهر مسها فيه ، طلاق غير مشروع ولغضب الرسول من ابن عمر حينما طلق امرأته وهى حائض وأمره له بمراجعتها إلى أن تطهر والحكمة التى توخاها الشارع من ذلك : أن الحيض حالة منفرة تجعل المرأة فى هذه الفترة غير مرغوب فيها ، وقد يطلقها الرجل لذلك ويندم على ذلك فيتضح عدم تحقق الحاجة إلى الطلاق ، هذا بالإضافة إلى أن الطلاق فى الحيض أو فى الطهر الممسوسة فيه ، يلحق أبلغ الضرر بالمرأة المطلقة ، لأن العدة ستطول عليها ، فالحيضة التى طلقت فيها لن تدخل فى حساب العدة ، وأما النهى عن عدم الطلاق فى الطهر الذى جامعها فيه ، لتلاف الندم الذى يحدث للرجل حينما يعلم أن امرأته حامل ، ولكن إذا طلقها فى طهر لم يجامعها فيه فهذا دليل على حاجته إلى الطلاق لأنه طلقها فى وقت رغبته فيها لا فى حال نفوره منها . هذا إذا كانت المرأة مدخول بها ، أما إذا لم يكن مدخول بها فالرغبة فيها متحققة وموجودة فى طهرها وحيضها لأن الحيض لا يقلل هذه الرغبة لأنه لم يلتق بها بعد ، وبالتالى فالنفور لم يعرفه بعد . ولذلك قسم فقهاؤنا الطلاق إلى قسمين : طلاق سنى وطلاق بدعى .

الطلاق السنى : كما عرفه ابن قدامة : الطلاق الذى وافق أمر الله تعالى وأمر رسول الله ﷺ ، وهو الطلاق فى طهر لم لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضى عدتها . ويستطرد قائلا : إذا كانت المرأة من ذوات الأقراء إنما كانت له سنة وبدعة ، لأن العدة تطول عليها بالطلاق فى الحيض وترتاب بالطلاق فى الطهر الذى جامعها فيه ، وينتفى عنها الأمران بالطلاق فى الطهر الذى لم يجامعها فيه .

وأما الحنفية فيرون : أن طلاق السنة هو أن يطلق المرأة ثلاثا فى كل قرء طلقة . وأما الشافعية : فيرون أن طلاق السنة : أن يطلقها فى كل طهر طلقة ولو طلقها ثلاثا فى طهر لم يكن هذا الطلاق بدعة .

وأما المالكية فاشترطوا فى طلاق السنة شروطا سبعة : أن يكون واحدة وهى ممن تحيض طاهرا لم يمسها فى ذلك الطهر ولم تقدمه طلاق فى حيض ولا تبعه طلاق فى طهر يتلوه وخلا عن العوض .

وأما الطلاق البدعى : فهو الطلاق على خلاف ما سبق بأن يطلقها أكثر من واحدة أو على دفعات فى طهر واحد ، أو فى أثناء الحيض أو النفاس أو فى طهر جامعها فيه . وهذا النوع من الطلاق حرام ، ومرتكبه آثم بلا خلاف فى ذلك ولكنهم اختلفوا فى وقوع الطلاق البدعى على النحو الآتى :

يرى جمهور الفقهاء – ومنهم المذاهب الأربعة – وقوعه واستدلوا بالآتي :

أ- النهى عن الطلاق البدعى ليس لذاته وإنما لما يترتب عليه من تطويل العدة على المرأة أو ندم على التلفظ به ، أو كونه ليس لحاجة ، فتحريمه لا يمنع من ترتيب أثره وحكمه عليه ، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة فإن المولى قد نهى عنه " يا أيها الذين آمنوا إذا نودى إلى الصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع " (١٨). ومع هذا النهى الواضح لو عقد المسلم صفقة بيع فإنها تكون صحيحة ويترتب أثر البيع كاملا .

ب- الفروج يحتاط لها ، والاحتياط يقتضى وقوع هذا النوع من الطلاق .

جـ- ورسول الله ﷺ أمر ابن عمر بمراجعة زوجته ، والرجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق ، وقد جاء فى بعض الروايات أن ابن عمر قال : فحسبت على طلقة " .

ويرى بعض الفقهاء : ومنهم الشيعة الإمامية والظاهرية وبعض التابعين – أن الطلاق البدعى لا يقع واستدلوا على ذلك بالآتي :

---

(١٨) الجمعة آية " ٩ " .

أ- النهى من الشارع الحكيم يدل على الحرمة والفساد ولذا لا يترتب عليه أثر .

ب- جاء فى حديث ابن عمر أنه قال : " فردها علىّ ولم يَرَها شيئا " فالرسول ﷺ لم ير فى تطليق ابن عمر لزوجته وهى حائض شيئا أى أن هذا الفعل لا أثر له وكأنه لم يصدر عن صاحبه .

حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد : من المعروف أن الشارع الحكيم جعل الطلاق ثلاث مرات فى القرآن الكريم ، ووردت بتفريقها ، لذا فإن جمعها بلفظ واحد يعتبر مخالفا للسنة ، ولكن هل يقع الطلاق بهذه الصيغة أم لا ، وإذا وقع هل تحتسب طلقة واحدة أم ثلاثا ، اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو الآتى :

الرأى الأول : يرى الجمهور - معظم الصحابة والتابعين وفقهاء المذاهب الأربعة - وقوع الطلاق ثلاثا سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء كانت الصيغة التى تلفظ بها مقرونة بلفظ الثلاثة أو مدلولا عليها بالإشارة ، مثال ذلك : قوله : أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاثة للدلالة على أنه أراد الطلاق ثلاثا ، أو قام بتكرار اللفظ - أنت طالق - ثلاث مرات - وكانت المرأة قد دخل بها ، فالطلقة الأولى وقعت عليها وهى زوجته ، والاثنان وهى فى العدة . ولكن إذا كانت زوجته ولم يدخل بها فيقع عليها طلقة واحدة ، لأنها بهذه الطلقة تبين منه وليس لها عدة ، والطلقتان الأخريتان وقعتا وهى أجنبية عنه لذا لم تحتسب .

واستدلوا لرأيهم بالآتى :

أ- قال تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " . فهذه الآية عامة فى جميع أنواع الطلاق ، لا فرق بين الطلاق الرجعى والبائن بطلقة واحدة أو باثنين أو بثلاثة ، مفرقة أو بلفظ واحد ، والعام يبقى على عمومه ما لم يبق ما يخصصه ، ولم يرد نص مخصص له .

ب- روى أن عائشة الخشعمية كانت زوجة للحسن بن على بن أبى طالب رضى الله عنهما فلما مات الإمام على : أتتك الإمارة أو الخلافة . فقال الحسن : يقتل على وتظهرين الشماتة ، اذهبى فأنت طالق ثلاثا ، فلما انقضت العدة بعث إليها بعشرة آلاف متعة لها ، وبقية بقيت لها من صداقها ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق . فلما بلغه قولها بكى . وقال : لولا أن أبى حدثنى أنه سمع جدى ﷺ يقول : " أيما رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا أو ثلاثا عند الإقراء لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لراجعتها " . فالحديث صريح فى وقوع الطلاق ثلاثا إذا كان ثلاثا بلفظ واحد .

الرأى الثانى : يرى بعض الفقهاء – ومنهم الظاهرية والجعفرية – أن الطلاق بهذه الصورة لا يقع مطلقا لا ثلاثا ولا واحدة ، لأنه منهى عنه وغير مشروع ومن البدع المحرمة ، والبدع المردودة ، قال ﷺ : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " .

الرأى الثالث : يرى البعض - ابن عباس وطاوس وعكرمة ، وابن تيمية - يقع الطلاق بهذه الصغية طلقة واحدة رجعية .

وقد عرض ابن القيم لهذه الآراء فى مؤلفه زاد المعاد ورجح الرأى الأخير ، القائل بأنه يقع طلقة رجعية ، وقد أيد ذلك بما رواه عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : طلق رُكانه بن عبيد بن يزيد امرأته ثلاثا فى مجلس واحدة فحزن حزنا شديدا ، فسأله النبى ﷺ : " كيف طلقتها ؟ قال : ثلاثا فى مجلس واحد ، فقال النبى ﷺ إنما تلك واحدة فارتجعها " . وقد أيد الإمام مسلم فى صحيحه والإمام أحمد فى مسنده والحاكم فى المستدرك أن الطلاق الثلاث فى لفظ واحد كان يعد طلقة واحدة فقط على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وجزءا من خلافة عمر ، وقد روى أيضا أن الخليفة العادل عمر بن الخطاب أمضى هذا الطلاق ثلاثا لاعتياد الناس على استخدام هذه الصيغة المنهى عنها وقال مقولته المشهورة : إن الناس قد استعجلوا فى أمر لهم فيه أناة فأمضاه عليهم عمر عقوبة وزجرا .

وفى ذلك يقول ابن تيمية فى فتاويه : " ليس فى الأدلة الشرعية الكتاب والسنة والإجماع والقياس ما يوجب لزوم الثلاث له ونكاحه ثابت بيقين ، وامرأته محرمة على الغير بيقين وفى إلزامه بالثلاث إباحتها للغير مع تحريمها عليه وذريعة إلى نكاح التحليل الذى حرمه الله ورسوله " .

هذا وقد أخذ القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالرأى الثالث : وهو أنه يقع طلقة واحدة رجعية كما نصت عليه المادة الثالثة منه ، فقالت : " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا طلقة واحدة " . ولقد قصد المشرع بذلك التيسير على الناس بمنع وقوع الطلاق الثلاث المجموع فى لفظ واحد ، والطلاق المتكرر فى مجلس واحد لا يخرج عن كونه طلاقا متعددا فهو فى معنى الطلاق المقترن بعدد ، والحكم فى الحالتين واحد .

أقسام الطلاق

للطلاق عدة أقسام بالنظر إلى الاعتبارات المختلفة ، فبالنظر إلى صيغة الطلاق أو اللفظ المستخدم فيه ينقسم إلى صريح وكناية وقد شرحنا ذلك فى الفصل السابق ، وقد رأينا أمن الكناية تحتاج إلى النية لإيقاع الطلاق بها وقد تحدثنا عن هذا الأثر أيضا .

وبالنظر إلى موافقة الطلاق لكتاب الله ولسنة رسوله أى لأمر الله وأمر رسوله أو عدم موافقته ينقسم إلى سنى وبدعى ويقتصر أثر هذا التقسيم عند جمهور الفقهاء على اسم المطلق طلاقا بدعيا ، لأن كلاهما عندهم واقع ويحتسب من عدد الطلقات التى ملكها له المولى فى كتابه الكريم ، وأما عن مخالفى الجمهور فيتضح أثره فى منع وقوع الطلاق البدعى من جهة الوقت ، أو وقوع واحدة رجعية فى الطلاق الثلاث بلفظ واحد من حيث العدد ، وقد تحدثنا عن هذا القسم أيضا فى الفصل السابق .

وبالنظر إلى تقييد الصيغة وإطلاقها ينقسم إلى منجز ومضاف ومعلق وسنتحدث عنه فى المبحث الأول .

وباعتبار إمكان الرجعة بعده من غير حاجة إلى عقد جديد وعدم إمكانها إلى رجعى وبائن وسنتحدث عنه فى المبحث

الثانى . وسنقوم بالحديث عن أحكام الرجعة فى المبحث الثالث ، ونكاح التحليل فى المبحث الرابع . ثم نتحدث عـن أحكام طـلاق المريض مرض الموت فى المبحث الخامس .

المبحث الأول

الطلاق المنجز والمعلق والمضاف

ينقسم الطـلاق باعتبـار تقييد الصيغـة وإطلاقها إلـى : منجـز ومضاف ومعلق .

أولا الطـلاق المنجـز : هـو الـذى يصـدر بصيغـة خاليـة مـن التعليق والإضافة أى غير معلقة على أمـر سيحدث مستقبلا ولا مضافة إلى زمن مستقبل . مثال ذلك : أن يقـول لامرأتـه : أنـت طالق أو طلقتك أو مطلقة وهذا النوع هو الأصل فى الطلاق .

حكمه : هذا النوع من الطلاق يترتب عليه أثره عقب صدوره بشرط أن يكون صادر من زوجٍ أهلٍ لإيقاعـه وأن تكون المـرأة محلا له أى زوجة له حقيقة أو حكما .

ثانيا الطلاق المعلق : هو الذى يصدر بصيغة تجعل حصـول الطلاق معلقا على أمر سيحدث فى المستقبل أى أن الزوج يربـط وقوع الطلاق بحصول هذا الأمر بأداة مـن أدوات الشـرط أو مـا فـى معناهـا كـإن وكلمـا ومتـى وإذا ونحوهـا . مثـال ذلـك : إن خرجت من البيت فأنت طالق ، وكلمـا ذهبت إلـى السـوق بـدون

إذنى فأنت طالق ، وإذا حدثت فلانا فأنت طالق ، متى حضر فلان لمنزلنا فأنت طالق .

والتعليق نوعان : ١- تعليق لفظا ومعنى. ٢- وتعليق معنى فقط .

فأما النوع الأول : فهو ما ربط فيه وقوع الطلاق بحدوث أمر فى المستقبل مستخدما أداة شرطية . ولا يشترط فى الأمر المعلق عليه أن يكون اختياريا ، أى يمكن فعله أو الامتناع عنه ، بل يجوز أن يكون المعلق عليه غير اختيارى ويستوى أن يكون الأمر المعلق عليه الاختيارى من أفعال الزوج مثل قوله : إن لم أسافر اليوم فأنت طالق ، وقد يكون الأمر المعلق عليه من أفعال الزوجة مثال ذلك : إن ذهبت إلى السوق فأنت طالق ، وقد يكون الأمر المعلق عليه من فعل غيرهما ، مثال ذلك : إن لم يبع أبوك الأرض الفلانية لى اليوم فأنت طالق .

وأما إن كان الأمر المعلق عليه غير اختيارى أى لا دخل لإرادة الزوج أو الزوجة أو الغير فى حدوثه أو عدم حدوثه ، مثال ذلك : إن مات أبى فأنت مطلقة ، فالموت بإرادة الله لا بإرادة البشر ، ومن ذلك أيضا : إن أمطرت السماء فأنت طالق ، وإذا ولدت ذكرا فأنت طالق ، ففى هذه الحالة تطلق بمجرد إنزال الذكر من بطنها حيا كان أو ميتا .

ويلزم التنويه : إن كان المعلق عليه من فعل أحد الزوجين : يجوز تسميته تعليقاً ويجوز تسميته يمينا لأنه يفيد ما يفيده اليمين من الحمل على الفعل أو الامتناع عنه ، وأما إن كان المعلق عليه من فعل غيرهما – الزوجين – أو كان أمرا غير اختيارى فهو تعليق بالاتفاق . ولكن الفقهاء اختلفوا فى تسميته يمينا : فمنهم من يطلق عليه يمينا لوجود صورته وهى الشرط والجزاء ، ومنهم من لا يطلق عليه يمينا لأنه لا يفيد ما يفيده اليمين .

وأما النوع الثانى : وهو التعليق معنى فقط ، وهذا النوع من التعليق يفهم من الصيغة المستخدمة ، لعدم ذكر أداة من أدوات الشرط فيها . مثال ذلك : علىّ الطلاق لا أفعل كذا ، أو يلزمنى الطلاق لا أفعل كذا : فإن ذلك فى معنى إن فعلت كذا فزوجتى طالق ، وأيضا : علىّ الطلاق لن تبيتى فى منزلى الليلة فإنه فى معنى إن لم تخرجى من بيتى الليلة فأنت طالق .

حكم الطلاق المعلق : اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو الآتى :

الرأى الأول : يرى جمهور الفقهاء : أن الطلاق المعلق بنوعيه يقع متى وجد المعلق عليه ، سواء كان المعلق عليه فعلا للزوج أو للزوجة أو لغيرهما أو كان أمرا غير اختيارى أى إلهى لا دخل لأحد فيه ، وسواء قصد به الزوج التخويف أو

الحمل على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر أو لم يقصد ذلك .
وقد استند الجمهور إلى الآتى :

أ- عدم ورود نص من القرآن أو السنة .

ب- ولأن الطلاق قد شرع للحاجة ، والحاجة قد تدعو إلى أن يكون الطلاق بصيغة التعليق ، كما أن الزوج يملك إيقاع الطلاق منجزا فيملك تعليقه .

جـ- كما أن الطلاق بطريق الإسقاطات كالإبراء من الدين فيصح منجزا ومعلقا ولكنهم اشترطوا لوقوع الطلاق المعلق شرطان هما :

الشرط الأول : أن يكون الأمر المعلق عليه محتمل الوقوع فى المستقبل ، لأنه إن كان أمرا مستحيل الوقوع كان التعليق لغوا ، وإن كان أمرا محقق الوقوع أخذ الطلاق حكم التنجيز ، ومثال التعليق المستحيل كأن يقول الرجل لزوجته : إن شربت البحر المتوسط كله فأنت طالق ، أو أنت طالق إن شاء الله ، فلا توجد وسيلة لمعرفتها .

الشرط الثانى : أن يحصل المعلق عليه والمرأة محل الطلاق والرجل أهلا له .

الرأى الثانى : يرى الظاهرية والجعفرية : أن الطلاق المعلق لا يقع سواء كان على وجه اليمين وهو ما قصد به الحمل على

فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر ، أو لم يكن على وجه اليمين وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

واستندوا إلى الآتى : قياس الطلاق على الزواج والرجعة فكما لا يصح الزواج والرجعة بصيغة معلقة لا يصح الطلاق أيضا بها .

الرأى الثالث : يرى ابن تيمية وابن القيم التفرقة بين الطلاق المعلق على وجه اليمين والطلاق المعلق الذى ليس على وجه اليمين ، فالأول لا يقع وتجب فيه كفارة يمين لحنثه فى يمينه ، وهو ما يسمى بالتعليق المعنوى ، وأما النوع الثاني وهو المعلق الذى قصد به مجرد التهديد بالحمل على الفعل أو الامتناع عنه ، فإنه لا يكون طلاقا ولكن إذا قصد به الطلاق وقع طلاقا ، هذا إذا كان المقام تحميل إرادة الطلاق أو التهديد به ، أما إذا لم يكن المقام لا يحتمل ذلك ، مثال ذلك : إذا طلبت المرأة من زوجها أن يطلقها فقال لها : إن أبرأتنى من مؤخر المهر والنفقة فأنت طالق ، فنفذت الزوجة طلبه وأبرأته ، فإن هذا لا يحتمل شيئا غير إرادة إيقاع الطلاق ، لذا فإنه يقع .

ثالثا : الطلاق المضاف : هو الذى صدر بصيغة بوقت مستقبل قصد المطلق إيقاع الطلاق فيه . فالمطلق فى هذا النوع من الطلاق يضيف الطلاق إلى زمن مستقبل ويقصد إيقاع الطلاق عند حلوله . مثال ذلك : أن يقول الرجل لزوجته أن

طالق الأسبوع القادم أو الشهر القادم أو ليلة رأس السنة الهجرية القادمة .

حكم الطلاق المضاف : هذا النوع من الطلاق يقع بمجرد مجيء الوقت الذى أضيف إليه ، بشرط أن تكون المرأة محلا لإيقاع الطلاق عليها عند حلول الوقت المضاف إليه الطلاق ، وأن يكون الرجل عند صدوره أهلا لإيقاعه ، فإذا صدرت منه الصيغة المضافة وهو أهل للطلاق ثم جن بعد ذلك وظل على هذه الحالة حتى جاء الوقت المضاف إليه ، فإن الطلاق يقع لأن العبرة بتوافر الأهلية عند التلفظ بالصيغة المذكورة .

وبالنظر فى القانون المصرى نجد أن المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ تنص على الآتى : " لا يقع غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير " وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة شرطا محتواه : أن الطلاق ينقسم إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فورا ، وإلى مضاف كأنت طالق غدا ، وإلى يمين نحو علىّ الطلاق لا أفعل كذا ، وإلى معلق كإن فعلت كذا فأنت طالق ، والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كانَ فى معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين ،

واليمين فى الطلاق وما فى معناه لاغ ، أما باقى الأقسام فيقع بها الطلاق . وبهذا يكون وقوع الطلاق بالأنواع الآتية :

١- المنجز . ٢- المضاف إلى زمن مستقبل . ٣- المعلق الذى لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه ، وإنما يقصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه . كأن يعلقه على فعل غير اختيارى له أو لها . كأن يقول لها : إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن هذا واضح فى أنه لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه ، أو يقول لها عند طلب الطلاق إن أبرأتنى من جميع الحقوق المالية فأنت طالق . وما شاكل ذلك .

ولا يقع الحلف بالطلاق : كعلىّ الطلاق لأفعلن كذا ، والتعليق الذى قصد به التخويف أو الحمل فقط ، كإن خرجت أو سافرت أو كلمت فلانا فأنت طالق ، وإن كان يقصد به الأمرين التخويف أو الحمل وقوع الطلاق وقع به ، لأنه لا يكون فى معنى اليمين ، فالعبرة فى عدم الوقوع قصد غير الطلاق ، فإن قصد الطلاق فقط أو قصد الأمرين معا وقع به ، فإذا وجدت قرينة تدل على قصد الطلاق عمل بها ، وإن لم توجد كان المعول عليه قصده ، فإن اتفقا على شىء عمل به ، وإن اختلفا بأن ادعت الزوجة أنه قصد الطلاق وادعى الزوج أنه قصد الحمل أو التخويف كان القول قوله مع يمينه ، لأنه أدرى بقصده فإن حلف

لم يقع الطلاق ، وإن امتنع عن اليمين حكم بالطلاق لأن امتناعـه إقرار بدعوى الزوجة .

المبحث الثانى

الطلاق الرجعى والبائن

الطلاق الرجعى هو الذى يمكن الزوج من إعادة مطلقته إلى عصمته مرة أخرى دون ما حاجة إلى عقد جديد ، وبشرط أن تكون فى العدة ولا يتوقف ذلك على رضاها ، لأن رضاها غير معتبر فى هذا النوع من الطلاق . وأما الطلاق البائن فهو الذى لا يمكن الزوج من إعادة مطلقته إلى عصمته بالرجعة ، والطلاق البائن نوعان : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى .

فالبائن بينونة صغرى : هو النوع من الطلاق المحتاج إلى موافقة المطلقة على الرجوع إلى زوجها – مطلقها – بعقد ومهر جديدين .

وأما البائن بينونة كبرى : فهو النوع من الطلاق الذي لا يمكن الزوج من إعادة مطلقته إلى عصمته مرة أخرى إلا بعد أن تنكح رجلا آخر نكاحا صحيحا متبوع بدخول حقيقى ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه ، وفى هذه الحالة يستطيع الزوج أن يتزوجها مرة أخرى بعقد ومهر جديدين وبثلاث تطليقات أخرى .

هذا ويلزم التنويه إلى أن الطلاق الرجعى يقع عند الحنفية بكل لفظ صريح بعد الدخول الحقيقى بشرط أن يكون خاليا من

أى وصف يفيد البينونة ، كأن يقول : أنت طالق طلاقا شديدا أو قويا أو طويلا ، أو طلاقا تملكين به نفسك بشرط ألا يكون طلاقا على مال أو مكملا للثلاث .

وقد يقع الطلاق الرجعى بلفظ من ألفاظ الكناية بشرط ألا يعنى فصل عرى الزوجية . مثال ذلك : أن يقول لزوجته : اعتدى واستبرئى رحمك ، بشرط أن ينوى الطلاق مع هذه الألفاظ .

وأما الطلاق البائن فيقع فى الحالات الآتية :

١- إذا حدث الطلاق قبل الدخول : فإن المرأة تبين من زوجها بينونة صغرى ولا عدة عليها لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا " (١). فقد نفى العدة فى الطلاق قبل المس ، فالمولى سبحانه وتعالى لم يعط للزوج حق المراجعة في هذا النوع ، لأن الحكمة والعدالة تقتضى هذا ، إذ ليس من العدل والحكمة أن يمكن الزوج من مراجعة امرأة ألحق بها الأذى الشديد ، بتطليقها قبل الدخول بها ، هذا ويرى البعض وجوب العدة إذا اختلى بها خلوة صحيحة .

---

(١) الأحزاب آية " ٤٩ " .

٢- الطلاق على بدل : والبدل يقصد به المال الذى يأخذه الزوج من زوجته مقابل تطليقه لها ، فالمرأة لم تدفع هذا المال إلا لتخلص به نفسها من زيجة لا ترغب فيها ، ولن يتحقق لها هذا إلا إذا كان الطلاق بائنا .

٣- الطلاق بواسطة القاضى : الطلاق الصادر بحكم قضائى بناء على طلب الزوجة لعيب فى الزوج أو لسوء العشرة أو للضرر ، هو طلاق بائن بينونة صغرى لأن لجوء الزوجة للقضاء بغرض دفع الضرر عنها أو لحسم النزاع والشقاق بينها وبين زوجها ، فالمرأة فى هذا النوع من الطلاق أو الفرقة لا تعود إلى زوجها إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين لأنها فرقة فسخ لا طلاق وفقا للرأى الراجح ، وسنوضح ذلك تفصيلا فى حينه .

٤- إذا حدث الطلاق بلفظ صحيح موصوف بما يفيد البينونة ويدل عليها : مثال ذلك : أنت طالق طلقة قوية أو شديدة أو بائنة أو تملكين بها نفسك أو أشد الطلاق أو مثل الجبل ، ويرى بعض الفقهاء : وقوعه بلفظ من ألفاظ الكناية التى تفيد الشدة أو القوة : كأنت باتة أو الحقى بأهلك إذا نوى الطلاق .

٥- الطلاق البائن بينونة كبرى : وهو الطلاق المكمل للثلاث ويترتب عليه إنهاء العلاقة الزوجية فور حدوثه ، سواء أكان مفرقا أو مجموعا بتكراره فى مجلس واحد أو مقترنا بالعدد لفظا أو إشارة .

فقد نص القانون المصرى رقم ٢٥ لسمة ١٩٢٩ على أن " كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ " .

والذى نص على كونه بائنا فى هذا القانون هو التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين ، والتطليق بسبب غيبة الزوج ، والتطليق بسبب حبس الزوج مدة طويلة .

وأما الذى نص على كونه بائنا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . هو التفريق بسبب عيوب الرجل كالجنون والجذام والبرص وغيرها من العيوب التى أضيفت إلى ما كان يفرق بها من مذهب الحنفية وهى الجب والعنة والخصاء ، وسنفصل هذه الأمور كلها فى حينه .

آثار الطلاق الرجعي والبائن :

إن عقد النكاح يترتب عليه مجموعة من الآثار : ملك الزوج والزوجة الاستمتاع بالآخر وحق كل منهما فى ميراث الآخر بعد وفاته ، وثبوت ثلاث تطليقات للزوج فى مواجهة زوجته ، فالزوجة تكون حلا لزوجها بعد الطلقة الأولى أو الثانية .إذا كان الطلاق رجعيا وله مراجعتها دون ما حاجة إلى رضاها ومهر وعقد جديدين ، ولكن إذا كان الطلاق بائنا فلا يجوز مراجعتها ، إلا بعد الحصول على موافقتها وإبرام عقد جديد ومهر جديد

أيضا . هذا إجمالا أما تفصيل هذه الآثار فسنوضحها في النقاط التالية :

أولا آثار الطلاق الرجعي :

يجب أن نقرر بداءة أن الطلاق الرجعي لا يؤثر في العلاقة الزوجية طالما أن العدة موجودة ولم تنقض ، فمن حق الزوج الاستمتاع بجميع أوجه الاستمتاع بزوجته ، بل إن ذلك يعتبر رجعة عند الحنفية ، فهذا النوع من الطلاق لا يزيل الملك ولا الحل كما يقول أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، ولكن إذا انقضت العدة فإن الملك – أي ملك الاستمتاع بها – ينتهي ويزول ولكن يظل الحل كما هو ، لأن له أن يعقد عليها عقدا جديدا بمهر جديد في أي وقت بشرط ألا تكون قد تزوجت من آخر ، ويكون له طلقتان فقط لأن المجموع ثلاث . وأما غير الحنفية فيحرمون عليه الاستمتاع بمطلقته بعد صدور الطلاق أثناء العدة حتى يقوم بإرجاعها بالقول أو بالفعل ، ونستطيع أن نلخص الآثار في النقاط الآتية :

١- إنقاص عدد الطلقات : فبعد الطلقة الأولى يتبقى له اثنتان ، وبعد الثانية يتبقى له الثالثة ، ولكن بعد الثالثة لا يستطيع إرجاعها إلا بعد زواجها من آخر وتطليقها منه بإرادته ، فيكون له في هذه الحالة أن يعقد عليها مرة ثانية بعقد ومهر جديدين وثلاث تطليقات أخرى .

٢- إذا مات أحدهما فى أثناء العدة ورثه الآخر ، ولكن إذا انتهت العدة انتهى سبب التوارث .

٣- لا يحل لهذا النوع مؤخر الصداق إذا كان مؤجلا : لأن المهر المؤجل لا يحل إلا بأقرب الأجلين : الوفاة أو الطلاق البائن ، ولكن إذا انتهت العدة فإن الطلاق الرجعى يصبح بائنا وبالتالى يحل مؤخر الصداق .

ثانيا : آثار الطلاق البائن بينونة صغرى :

هذا النوع من الطلاق يؤثر فى العلاقة الزوجية تأثيرا كبيرا ، فيؤدى إلى فصم عراها فور صدوره ، فتنقطع الرابطة بينهما وتصبح امرأة أجنبية عنه ، ونستطيع أن نلخص آثار الطلاق البائن بينونة صغرى فى النقاط الآتية :

١- إنقاص عدد الطلقات .

٢- زوال ملك الاستمتاع فلا يجوز له منها شىء إلا إذا أعادها إلى عصمته بعقد جديد ، لذا قال فقهاؤنا : إن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك لا الحل .

٣- يحل به مؤخر المهر المؤجل .

٤- لا توارث بينهما إذا مات أحدهما فى أثناء العدة لانتهاء الزوجية التى هى سبب فى التوارث بينهما ، إلا إذا كان الطلاق صادرا من الزوج فى مرض الموت بغرض الفرار

والتهرب من ميراثها فإنها ترثه إذا مات قبل انقضاء العدة عقابا له بنقيض مقصوده .

ثالثا : آثار الطلاق البائن بينونة كبرى :

هذا النوع من الطلاق يؤدى إلى فصم عرى الزوجية وانقطاعها بحيث لا يبقى لها أى أثر بعده ، اللهم إلا ما يتعلق بالعدة وأحكامها ، فيحل مؤخر المهر ويمنع التوارث بينهما إلا إذا طلقها إضرارا بها وفرارا من ميراثها فى مرض الموت ، فإنها ترث منه عقابا له على نقيض مقصوده ، هذا بالإضافة إلى تحريم هذه المرأة عليه تحريما مؤقتا ، لأنه يجوز له أن يعقد عليها بمهر جديد وطلقات جديدة بعد أن تنكح زوجا غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم تنتهى هذه الزيجة بالموت أو الطلاق . لذا يقول فقهاؤنا : أن البائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل معا بمجرد صدوره لكنه زوال مؤقت كما أوضحنا .

المبحث الثالث

أحكام الرجعة

لقد ذكرنا أن الطلاق الرجعى لا يزيل رابطة الزوجية فى الحال وإنما فى المآل ، أى بعد انقضاء العدة ، لذا فإن من حق المطلق أن يعيد زوجته المطلقة طلاقا رجعيا إلى عصمته دون عقد أو مهر ودون رضاها طالما كانت فى العدة ، وهذه الإعادة ما يطلق عليه فقها اسم الرجعة وعلى ذلك فالرجعة هى إعادة الزوجة إلى مطلقها من غير عقد أو مهر أو رضاها .

وقد عرفها الحنفية بأنها استدامة الزوجية القائمة أو بالفعل أثناء العدة . فإطلاق الحنفية اصطلاح استدامة الزوجية على الرجعة لأن هذا النوع من الطلاق لا يؤثر فى عقد النكاح إلا تأثيرا طفيفا بتحديده بمدة العدة ، وبمجرد مراجعة المطلق لامرأته فقد ألغى عمل الطلاق بقطع العدة وعودة المياه إلى مجاريها باستدامة الزواج بعد أن كان على وشك الزوال . وعلى ذلك ووفقا لهذا الرأى فإن المرأة لا تحرم على زوجها ، فله الاستمتاع بها استمتاعا كاملا ، وإذا حدث هذا يكون رجعة فعلية لا قولية .

ولكن جمهور الفقهاء يخالف ما ذهب إليه الحنفية : ويرى أن الطلاق الرجعى يؤدى إلى انتهاء الزواج ولكن الرجعة تعيده بعد زواله ، وعلى ذلك فالمرأة محرمة على مطلقها أثناء العدة . لذا

عرف الجمهور الرجعة بأنها : إعادة المطلقة إلى الزوج في العدة بغير عقد . ومن المعلوم أن الرجعة حق للزوج لقوله تعالى : " وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا " [٢]. ولقوله تعالى أيضا : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " [٣].فالرد والإمساك مفسران بالرجعة أى أن للأزواج الحق فى مراجعة المطلقات فى زمن التربص وهو العدة ، وهذا الحق غير قابل لإسقاطه أو التنازل عنه ، فلو قال رجل لزوجته المطلقة لا رجعة لى عليك أو أسقطت حقى فى الرجعة ، فإن حقه فى الرجعة باق لأنه من الحقوق التى لا تقبل الإسقاط .

وبإجماع فقهائنا : فإن حق الرجعة مقرر لكل مطلق دون الثلاث أثناء العدة ، والحكمة فى إعطاء الزوج حق الرجعة : هى : منح الأزواج فرصة للتفكير والتروى فى حياته الزوجية مع هذه المرأة ، فإما أن يبقى عليها فيتخذ قراره بالرجعة لاستدامتها قبل انقضاء عدتها إذا رأى المصلحة فى ذلك ، وإذا رأى أن المصلحة والخير فى غير ذلك أى فى عدم استدامة هذه الحياة ترك مطلقته إلى أن تنقضى عدتها ، فتبين منه وتملك أمرها ولا سلطان للمطلق عليها .

---

(٢) البقرة آية " ٢٢٨ " .

(٣) البقرة آية " ٢٢٩ " .

شروط صحة الرجعة :

الشرط الأول : أن يكون الطلاق رجعيا ، لأن الطلاق البائن لا تصح الرجعة فيه ، ونقصد بالبائن جميع أنواعه - الطلاق قبل الدخول ، أو الطلاق بعوض أو بحكم القاضى .

الشرط الثانى : أن تكونن الرجعة قبل انقضاء العدة ، لأن انتهاء العدة يؤدى إلى صيرورته طلاقا بائنا لا ترجع إليه إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين .

الشرط الثالث : أن تكون الرجعة منجزة غير معلقة على أمر مستقبلى أو مضافة إلى زمن مستقبل .

وأما الإشهاد على الرجعة أو إعلام الزوجة بها : فالبعض اشترط ذلك والبعض الآخر لم يشترطه ، والراجح هو الرأى الأول خوفا من إنكار الزوجة أو حدوث منازعة فيها أو أن تتزوج من إنسان آخر بعد انقضاء عدتها ظانا منها أنها أصبحت بائنة بعد انقضاء عدتها .

الشرط الرابع : أن يكون الزوج المراجع عاقلا مختارا غير مرتد ، فالرجعة كإنشاء الزواج لابد فيها من توافر أهلية الزوج ، كما يشترط فى الزوجة المطلقة أن تكون معتدة معينة مدخولا بها فى نكاح صحيح قابل للحل ، كما يشترط توافر إرادة الإصلاح فى الغاية من الرجعة ، قال تعالى : " وبعولتهن أحق

بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا " ، فإذا كان الهدف من الرجعة أمرا آخر أو غاية أخرى غير الإصلاح لم يكن الرجل المطلق أحق بالرجعة عند البعض ويجوز للمرأة فى هذه الحالة أن تطالب بإبطال الرجعة للضرر .

ما تتحقق به الرجعة : الرجعة تتحقق بالقول أو ما يقوم مقامه من الكتابة أو الإشارة وبالفعل : فأما الرجعة بالقول فقد تكون باللفظ الصريح وقد تكون بالكناية ، ومن أمثلة النوع الأول : راجعت امرأتى أو أعدتها إلى عصمتى أو أمسكتها أو يقول فى مواجهتها مخاطبا لها راجعتك أو أعدتك إلى عصمتى أو أمسكتك وهذه الألفاظ الصريحة لا تحتاج لاعتبارها إلى نية ، وباتفاق فقهائنا تتحقق لها الرجعة ، هذا ويلزم التنويه إلى أن القول المعتبر هنا : هو القول المنجز لا المعلق أو المضاف إلى زمن .

وأما استخدام ألفاظ الكناية فى الرجعة فالحنفية هم الذين اعتدوا بها فى الرجعة وقالوا : بجواز الرجعة باللفظ الذى يحتمل الرجعة وغيرها ، بشرط وجود النية على الرجعة أو دلالة الحال على إرادة الزوج مراجعتها مثال ذلك : قوله لها : أنت امرأتى أو منزلتك عندى كما هى : فاللفظ الأول يحتمل الرجعة ويحتمل أنه يعزها كزوجته ، وأما اللفظ الثانى فيحتمل أنه سيقوم برعايتها والعناية بها مثل الفترة السابقة على تطليقها .

وفى حالة عجز المطلق عن الكلام : فإن له أن يراجعها كتابة أو إشارة ، فالكتابة والإشارة تقوم مقام اللفظ فى تحقيق الرجعة كما أوضحنا فى الطلاق .

وأما الرجعة بالفعل : فإن الحنفية والشيعة والإمامية فهم الذين يعترفون بها فى تحقق الرجعة : فالرجعة عندهم تحدث بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة ، كالجماع أو مقدماته من لمس أو تقبيل بشهوة ، فهذه الأفعال تدل دلالة واضحة على إرادته فى بقاء رابطة الزوجية .

بل إن الحنفية ذهبوا إلى أبعد من ذلك : فقد اعتبروا تحقق الرجعة بالفعل الصادر من الزوجة - المطلقة - فإذا قامت الزوجة بتقبيله أو لمسه بشهوة فإنها بهذا الفعل ترجع إلى عصمته مرة أخرى بشرط علمه بذلك وعدم اعتراضه ، وهذا الحكم باتفاق أئمة الحنفية . ولكنهم اختلفوا فى حدوث ذلك بدون علمه : كأن قبلته وهو نائم أو مغمى عليه فالإمام ومحمد بن الحسن يعتبران ذلك رجعة ، لأن هذا الفعل يوجب حرمة المصاهرة ، ولا فرق بين الرجل والمرأة فى هذا ، لذا تتحقق الرجعة . وأما أبو يوسف فلا يعتبر ذلك رجعة ، لأن الرجعة حق من حقوق الزوج فقط ، ولو اعتبرنا فعلها رجعة لكانت مشاركة له فى هذا الحق ، وأما حدوث ذلك منها مع علمه فإن الرجعة تتحقق بهذا ، لأنه بسكوته ورضاه وعدم اعتراضه راجع

إلى فعله ، فهو الذى مكنّها من فعلها وسكوته يدل على رغبته في استدامة الزواج وإلا كان فاسقا عاصيا .

اختلاف الزوجين في الرجعة : الاختلاف بين الزوجين له صورتان :

الصورة الأولى : الاختلاف في وقوع الرجعة : فالزوج يدعى حدوثها ، والزوجة تنكر ذلك : ننظر في الوقت الذى نشأ فيه هذا الاختلاف : فإن كان قبيل انتهاء العدة فالقول في هذه الحالة قول الزوج لأن ادعاؤه صادق ، فبإمكانه مراجعتها في الحال لأن العدة سارية المفعول ولم تنقض ، ولا عبرة بإنكارها ولا يلتفت إليه ، بل إن ادعاء الزوج مراجعتها يعد رجعة في ذاته لأنه متضمن استمساكه بالزوجية .

وإن كان الاختلاف والنزاع بعد انتهاء العدة وانقضائها : طبقت القاعدة العامة للإثبات : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، وفى هذه الحالة الزوج مطالب بالبينة فإن أقامها تثبت الرجعة ، وأجبرت على الدخول في طاعته ، حتى ولو تزوجت من غيره بعد انقضاء العدة ، لاعتقادها أنه لم يراجعها ، فعقد نكاحها الثانى اتضح بطلانه ويجب فسخه حتى ولو دخل بها . ولكن إن عجز الزوج عن إحضار الشهود - إقامة البينة - فالقول في هذه الحالة قول الزوجة بلا يمين عند الإمام أبو حنيفة ، وخالفه الصاحبان - محمد ابن الحسن وأبو يوسف -

وقالا بتحليفها اليمين وهو الراجح المفتى بـه ويجـرى عليـه العمل .

الصورة الثانية : الاختلاف فى صحـة الرجعـة : بـان ادعت الزوجة أن الرجعة التـى حصلت مـن رجلها – مطلقها – غير صحيحة ، لأنها حدثت بعد انتهاء عدتها ، ويدعـى الزوج بأنها صحيحة لأن عدتها لم تنته بعد . ننظر : إن كـانت العدة بـالقرء وهى من ذوات الأقراء ، فالقول قولها مع حلفها اليمين إن كـانت المدة بين الطـلاق والوقت المدعـى فيـه الرجعـة تسـع ثـلاث حيضات ، لأن هذا الأمر لا يعلم إلا من جهتها ، وعلى ذلك فـإن أدت اليمين المتضمن انقضاء العدة ، حكم لها بدعواها ولا رجعة له عليهـا ، وإن نكلت عن اليميـن أى امتنعت عن حلفها حكم للزوج بدعواه وصحت الرجعة لاتضاح كذبها .

هذا وقد اختلف الفقهاء فـى أقل مـدة تنقضـى بهـا العـدة علـى النحو الآتى :

فالإمام أبو حنيفة : يرى أنهـا ستون يومـا : وبنـى رأيـه هذا على أن العدة ثلاث حيضات يتخللها طهران ، وأكثر مدة الحيض عشرة أيام ، وأقل مدة للطهر الذى يفصل بين الحيضين خمسـة عشر يوما ، وعلى ذلك يكون المجموع ستون يومـا . وهـذا هـو الرأى الراجح عند الحنفية . وأما محمد بن الحسن صاحب الإمام فيرى أنها أربعون يومـا ، ويذهـب أبـو يوسـف إلـى أن أقل مـدة

للحيض ثلاثة أيام وبالتالى فأقل مدة تنقضى بها العدة تسعة وثلاثون يوما .

وأما الحنابلة فيرون : بأن أقل مدة للعدة تسعة وعشرون يوما ولحظة ، ويرى المالكية : أنها ثلاثون يوما ، وأما الشافعية فيرون : أنها اثنان وثلاثون يوما ولحظتان . وهذه التقديرات من فقهائنا للحالات النادرة والنادر لا يبنى عليه تشريع لذا فالراجح فى نظرى هو الأخذ بالمدة التى يغلب فيها انتهاء العدة وهى ثلاثة أشهر ، فالأحكام تبنى على الكثير الغالب لا القليل النادر لأنه الأقرب إلى الصواب والعدالة .

وإذا كانت المرأة حاملا وادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل : فإن قولها لا يعتد به إذا كان قبل مضى ستة أشهر من وقت إمكان المعاشرة بعد عقد الزواج ، لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر .

وأما إذا كانت عدتها بالأشهر فإن انقضاء العدة يكون بانتهاء الثلاثة أشهر بشرط أن يكون وقت الطلاق معلوما للزوجة . ومما لا شك فيه أن الأخذ بنظام إشهار الطلاق والرجعة يقضى على كثير من المنازعات بين الأزواج حول انقضاء العدة ، وهو ما أخذت به قوانين الأسرة فى بعض البلاد الإسلامية .

نماذج من أحكام محكمة النقض فى قضايا الرجعة ، والطلاق البائن ، والطلاق المضاف ، والمعلق والمقترن بالعدد ، واختلاف الزوجين فى الرجعة :

الرجعة ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة ثابت مقرر لزوج وحده ولا يملك إسقاطه . لا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها .

لئن كانت الرجعة عند الحنفية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وهى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة ، وهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة وتكون بالقول أو بالفعل ، إلا أنها حق ثابت مقرر للزوج وحده . دون سواه ولا يملك إسقاطه ، ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها . ولو بدر من الزوجة ما يفيد الرجعة ، فلا تكون ثمة مراجعة لأنها حق للزوجة لا لها . (نقض ١٩٧٥/١١/٥ طعن ١٧ س ٤٣ ق) .

مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها . لا يعتبر رجعة . علة ذلك .

مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها لا يعتبر رجعة ، لأن حكم الطلاق الرجعى لا يؤثر على قيام الزوجة ما دامت الزوجة فى العدة فيحق لها

البقـاء فـى البيـت الـذى تسـاكن فيـه زوجهـا قبـل الطـلاق . (٥/١١/١٩٧٥ طعن ١٧ س ٤٣ ق) .

الرجعة . ليست إنشاء لعقد الزواج بـل امتـداد للزوجيـة القائمة .

جواز استناد الحكم إلى شهادة الشهود باستمرار الحيـاة الزوجية بعد الطلاق الرجعى . مؤدى ذلك أن الحكم قد اتخذ مـن هذه الشهادة دليلا على حصول المراجعة . جواز الرجعة بالقول أو بالفعل .

متى كان الحكم قد استند إلى شهادة الشـهود باسـتمرار الحيـاة الزوجية – بعد الطلاق الرجعى – حتى وفاة الزوج فإنه يكون قد اتخذ من هذه الشهادة دليلا على حصول مراجعة الزوج لزوجتـه وليس فى ذلك ما يعتبر مخالفة للقـانون طالمـا أن الرجعـة تكـون إما بالقول أو بالفعل ومـن ثـم يكـون الحكـم قـد اسـتند فـى إثبـات الزوجية إلى دليل مقبول . (نقـض ٢٣/٦/١٩٦٠ طعـن ٣٤ س ٢٨ ق) .

لا يشترط لصحة الرجعة الإشهاد عليها ، أو رضا الزوجة أو علمهـا . لا يلزم لسماع الدعوى بهـا أن تكـون ثابتـة بورقـة رسمية .

الرجعـة عنـد الحنفيـة هـى استدامة ملـك النكـاح بعد أن كـان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة ، فهى ليست إنشاء لعقـد زواج بـل

امتداد للزوجية القائمة ، وتكون بالقول أو بالفعل ، ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها ، مما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية ، وذلك تحقيقا لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية . (نقض ١٩٧٢/٥/٣١ طعن ١٨ س ٣٨ ق) .

الطلاق الرجعي . أثره . للزوج مراجعة زوجته خلال فترة العدة بالقول أو بالفعل ، عدم تعلق ذلك على إرادة الزوجة أو علمها .

المقرر في فقه الحنفية أن الطلاق الرجعي لا يغير شيئا من أحكام الزوجية ، فهو لا يزيل الملك ولا يرفع الحل وليس له من الأثر إلا نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ، ولا تزول حقوق الزوج إلا بانقضاء العدة . والمطلق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يملك مراجعة زوجته بالقول أو بالفعل ما دامت في العدة ، ولا يشترط لصحة الرجعة رضا الزوجة ولا علمها . (نقض ١٩٧٨/٣/١ طعن ٣٠ س ٤٦ ق) .

الطلاق الرجعي . حكمه . أثره .

الطلاق الرجعى يرفع قيد الزواج الصحيح فـى المآل الزواج فـى الحال . ولا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت العـدة قائمـة ، ويترتب عليه أثران ، أولهما نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تمحو هذا الأثر ، وثانيهما تحديد الرابطة الزوجية بانتهاء العدة بعد أن كانت غـير محددة .
(نقض ١٩٧٥/١١/٥ طعن ١٧ س ٤٣ ق) .

الطلاق البائن :

كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول أو على مال . الطلاق نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة يعتبر طلاقا بائنا . ثبوت أن الطاعنة أتت بالصغير لأكثر من سنة من تاريخ هذا الطلاق . ادعاؤها بحصول زواج جديد بعد الطلاق المذكور . عدم ثبوت هذا الادعاء . قضاء الحكم بثبوت نسب الصغير إلى الطاعن . قصور ومخالفة للقانون .

متى كان ثابت فى الدعـوى أن الطـلاق (الحاصل سـنة ١٩٤٤) نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة فإنه يكون طلاقا بائنا طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تنص علي أن " كل طـلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطـلاق قبل الدخول والطـلاق على مـال .. " وإذ كـان ذلـك وكانت دعوى المطعون عليها تقوم على ما تدعيه من حصـول

زواج جديد بينها وبين الطاعن بعد الطلاق المذكور بعقد ومهر جديدين ولم تقدم وثيقة زواج رسمية أو عرفية تدل على ذلك ، وكانت إقراراتها بمحضر تحقيق النيابة وأمام محكمة أول درجة وإعلانات الدعوى التى رفعتها على الطاعن تفيد عدم حصول هذا الزواج الجديد ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت نسب الصغير (المولود سنة ١٩٥٠) إلى الطاعن يكون فضلا عن قصوره قد خالف القانون إذ يكون المطعون عليها قد أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق . (نقض ١٩٦٣/٣/٢٠ طعن ٣ س ٣٢ ق) .

انتهاء الحكم إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء والهجر .

الطلاق المضاف إلى الماضى . وقوعه من وقت إقرار الزوج به – لا أثر لمصادقة الزوجة أو تكذيبها أو ادعائها الجهل به علة ذلك . مصادقة الزوجة أثرها قاصر على إسقاط حقها فى النفقة .

الفتوى أن الأصل فى الطلاق إلى الماضى أن يكون من وقت الإقرار به من الزوج مطلقا وسواء أصدقته الزوجة فيه أو كذبته إذا ادعت جهلها به نفيا لتهمة المواضعة مخافة أن يكونا اتفقا على الطلاق وانقضاء العدة توصلا إلى تصحيح إقرار الزوج المريض لها بالدين أو ليحل له الزواج بأختها أو أربع سواها ، ولا تعدو مصادقة الزوجة زوجها المقر فى إسناد طلاقها إلى

تاريخ سابق إلا إسقاط لحقها هى فـى النفقـة ومـا إليهـا ، دون أن يعمل بهذه المصادقة فيمـا هو مـن حقـوق اللـه تعـالى . (نقض ١٩٧٧/٥/٢٥ طعن ٢٩ س ٤٥ ق) .

إقـرار الـزوج بـالطلاق المضـاف إلـى المـاضى . وجـوب احتساب عدة المطلقة من وقت الإقرار لا مـن تـاريخ الإسـناد . الاستثناء . انتفـاء تهمـة المواضعة أو ثبـوت تـاريخ الطـلاق بالبينة .

إذا كـانت عـدة المطلقـة مـن وقت إخبـار الـزوج أو إقـراره بالطلاق لا من وقت الإسناد ، وكان تعديل جعل المدة من وقت الإقرار هو خشية تهمة المواضعة فإنه ينبغـى أن يتحـرى محلهـا ويرجع إلى الناس الذين هم مظانها ، فإن كان واقع الحال يتنـافى عن مظنة هذه التهمة أو قـامت علـى صحـة تـاريخ الطـلاق بينـة شرعية هي وليس الإقرار مسانده ، فإنه ينبغـى الاعتـداد بتـاريخ الإسناد واتخاذه بدءا للطلاق ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاؤه على أن بينة شرعية لم تقم على إيقـاع الـزوج فى الزمان المـاضى الـذى أسنده إليـه يكـون قـد أصـاب صحيـح القانون (نقض ١٩٧٧/٥/٢٥ طعن ٢٩ س ٤٥ ق) .

الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة والطـلاق المتتـابع فـى مجلس واحد . ولا يقع به إلا طلقة رجعية واحدة .

إذا كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عبارة الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة بالتطبيق للمادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يشتمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد لأنه مقترن بالعدد فى المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن إقرار الطاعن بطلاق المطعون عليها كان مجردا عن العدد لفظا أو إشارة ولم يكن طلاقا على مال وليس مكملا للثلاث وحصل بعد الدخول فإنه لا يقع به إلا طلقة واحدة ويكون طلاقا رجعيا ، ولا عبرة بوصف الطلاق الذى يرد على لسان أحد الزوجين . (نقض

١٩٧٧/٥/٢٥ طعن ٢٩ س ٤٥ ق) .

تعليق الطلاق الذى لا يقصد بـه سـوى التخويـف أو الحمـل على فعل شىء أو تركه ، اعتباره فى معنى اليمين ولا يقـع بـه طلاق .

مفاد نص المـادة الثانيـة مـن المرسـوم بقـانون رقـم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع – أخذ برأى بعض المتقدمين من الحنفية – ارتأى أن تعليـق الطـلاق إن أريـد به التخويف أو الحمـل علـى فعل شـىء أو تركـه ، وقائلـه يكـره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق . (نقض ١٩٧٦/٤/٢٨ طعن ٣٠ س ٤ ق) .

الطلاق ، شرطه ، وقوعه باللفظ الصريح دون حاجة إلى نية الطلاق .

المقـرر فـى قضـاء هـذه المحكمـة أنتـه يشـترط فيمـا يقـع بـه الطـلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفـع القيـد السـابق بـالزواج الصـحيح بلفظ الطـلاق أو ما يقوم مقامـه حـالا بـالطـلاق البـائن أو مآلا بالطـلاق الرجعى إذا لم تعقبه الرجعة أثنـاء العـدة ، علـى أن يصـادف محـلا لوقوعـه ، ويقـع الطـلاق بـاللفظ الصريـح قضـاء وديانة دون حاجة إلى نية الطـلاق ، ومـن ثـم فـإن لفـظ الطـلاق الصريح الصادر من الطاعن بالأشهاد – أمام المـأذون – والـذى ورد منجزا غير معلـق يقـع بـه الطـلاق طبقـا للنصـوص الفقهيـة

باعتباره منبت الصلة بما يسوقه الطاعن من أن نيته انصرفت إلى إثبات طلاق معلق على شرط وقر فى ذهنه تحققه . (نقض ١٩٧٦/٤/٢٨ طعن ٣٠ س ٤٤ ق) .

الطلاق حق للزوج وحده ، حضور الزوجة أو رضاها به ليس شرطا لإيقاعه .

لا يشترط لوقوع الطلاق حضور الزوجة لأن الشارع جعله حقا للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها به . (نقض ١٩٧٦/٤/٢٨ طعن ٣٠ س ٤٤ ق) .

ما يقع به الطلاق . شرطه . الطلاق يقع باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق .

يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ، ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالا بالطلاق البائن ، أو مآلا بالطلاق الرجعى إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة ، على أن يصادف محلا لوقوعه ، ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق (نقض ١٩٧٤/٣/٢٠ طعن ١١ س ٤٠ ق) .

الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء ديانة . مثال .

المنصوص عليه شرعا أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاء لا ديانة . وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقتها

وعديت عنها ، والحال أنه لم يطلقها ، بل أخبر كاذبا ، فإنه لا يصدق قضاء – فى ادعائه أنه أخبر كاذبا – ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . ولما كان يبين من الاضطلاع على الإقرارات الثلاثة المنسوبة للمتوفى والتى كانت تحت نظر محكمة الموضوع – وهى الإقرارات المؤرخة ١٩٥٧/٣/٢٨ و ١٩٥٨/٨/٩ ، والثالث ورد بالحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١٢/٢٩ فى دعوى النفقة والتى أقامتها الطاعنة وهى الزوجة الأخرى للمتوفى – أن ألفاظ الطلاق الصريح والإقرارات بالطلاق المنسوبة إلى المتوفى ، يقع بها الطلاق طبقا للنصوص الفقهية ، وهو طلاق وقع لاحقا على مراجعة المتوفى للمطعون عليها – الزوجة الأولى – بتاريخ ٣ من أكتوبر ١٩٣٤ المثبتة بأسفل أشهاد الطلاق المؤرخ ١٣ من سبتمبر ١٩٣٤ ، وهذه الألفاظ والإقرارات منبتة الصلة بما تضمنه الإقراران المؤرخان ٢٨ من مارس ١٩٥٧ و ٩ من أغسطس ١٩٥٨ من عبارات أخرى تشير إلى الإخبار عن الطلاق الرسمى الصادر بتاريخ ١٣ من سبتمبر ١٩٣٤ ، فلا محل من بعد لاستناد الحكم إلى أقوال شهود المطعون عليها – فى إثبات قيام الزوجية حتى وفاة المورث – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن الإقرارات المذكورة المنسوبة إلى المتوفى لا تعتبر إنشاء لطلاق ، بل هى إخبار عن الطلاق الذى أوقعه على المطعون عليها بالأشهار الشرعى المؤرخ فى ١٣ من سبتمبر ١٩٣٤ ،

وأن الإخبار يحتمل التصديق والتكذيب وأن قوله فى الإقرارات الثلاثة بأنه لم يراجعها يكذبه أنه راجعها بعد هذا الطلاق بتاريخ ٣ من أكتوبر ١٩٣٤ ، ورتب الحكم على ذلك أن المطعون عليها بقيت زوجة له حتى تاريخ وفاته وترث فى تركته ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (نقض ١٩٧٤/٣/٢٠ طعن ١١ س ٤٠ ق) .

العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية يقع بها الطلاق فور صدورها .

العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادفت محلا ، يقع بها الطلاق فور صدورها ، ويكون طلاقا مستقلا قائما بذاته ولا يغير من ذلك ما أقترن به من أنها تأييد لطلاق سابق إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفورى المترتب عليها شرعا . (نقض ١٩٦٩/٥/٧ طعن ٢٠ س ٣٦ ق) .

النص فى المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، يشمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد .

نص المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة – يشمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد – لأنه مقترن بالعدد فى

المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد يؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الطلاق شرع على من يوقع على دفعات متعددة وأن الآية الكريمة " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة وأن دفعات الطلاق جعلت ثلاثا لتجرب المرأة نفسها أيضا حتى إذا لم تفد التجارب ووقعت الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى . (نقض ١٩٦٠/٦/٢٣ طعن ٣٤ س ٢٨ ق) .

الطلاق المتتابع دفعة واحدة لا يقع إلا طلقة واحدة . ويعتبر طلاقا رجعيا .

اختلاف الزوجين في صحة الرجعة . القول للزوجة بيمينها . شرط ذلك . العدة بالحيض . أقل مدة فيها هي ستون يوما . مثال .

المستقر عليه شرعا أنه إذا اختلف الزوجان في صحة الرجعة فادعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت في العدة وأنكرت هي ذلك لأنها وقعت بعد انقضاء العدة ، فالقول للزوجة بيمينها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك ، وكانت العدة بالحيض ، لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها ، وأقل مدة للعدة بالحيض في الراجح من مذهب أبي حنيفة ستون يوما . وإذا خلص الحكم المطعون فيه إلى أن الرجعة وقعت صحيحة قبل انقضاء العدة ، واستدل على

ذلك بما أثبته الزوج أسفل طلبات الحج الثلاثة التى قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن أنها " زوجة " ويوافق على سفرها بهذه الصفة إلى الأقطار الحجازية ، وأن الرجعة قد صادفت محلا ، لأن الزوجة لم تنكر على الزوج صحتها وصادقت عليها بتقديم الطلبين الأولين للحج بعنوان منزل الزوجية الذى يقيمان فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية ، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة إلى الجهات المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التى تتضمن موافقته على سفرها بصفتها زوجته ، وأن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه ، لأنه تعلق به حق الغير (الزوج) وهو استخلاص موضوعى استند فيه الحكم إلى أسباب سائغة تكفى لحمله ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس . (نقض ١٩٧٢/٥/٣١ طعن ١٨ س ٣٨ ق) .

أثر الرجعة على الزواج اللاحق :

ثبوت صحة مراجعة الزوج لزوجته . أثره . اعتبار . زواجها الثانى غير صحيح . ولا يثبت به توارث بين الزوجين . إقرار الزوجة فى وثيقة زواجها الثانى بانقضاء عدتها من زوجها الأول وعدم زواجها من بعده . إقرار غير معتبر لتعلقه بإبطال حق الغير .

إذ خلص الحكم إلى أن المطعون عليه الأول (الزوج الأول) قد أثبت صحة الرجعة ، فإن زوجيته بالمتوفاة تظل قائمة رغم زواجها بغيره ، ويعتبر الزواج الثانى غير صحيح ، لا يثبت به توارث بين الزوجين ، ويكون ما أقرت به الزوجة فى وثيقة زواجها من الطاعن (الزوج الثانى) بانقضاء عدتها من المطعون عليه الأول وعدم زواجها من بعده ، إقرار يتعلق بإبطال حق الغير - وهو المطعون عليه الأول - وهى لا تملكه ، فلا يعتبر ، ولا محل للتحدى بدلالة المستندات التى تشير إلى إقامة المتوفاة (الزوجة) مع الطاعن ، لأن ذلك ليس من شأنه تصحيح الزواج الثانى . (نقض ١٩٧٢/٥/٣١ طعن ١٨ س ٣٨ ق) .

النفاس :

النفاس . المقصود به . مدته . وجوب تصديق المرأة بقولها بالطهر منه . حمل المرأة فى مدة النفاس . جائز .

النفاس فى عرف الشرع الإسلامى يطلق على الدم الخارج من الرحم عقب الولادة وهو شهادة على حصولها وليس هناك من حد لأقله ، وإن كان أقصى مدة له أربعون يوما فإذا طلقت المرأة بعد الولادة وأقرت بأنها نفست ثم طهرت فإنها تصدق بقولها وتعتبر صالحة للمعاشرة الزوجية ، والقول بعدم إمكان حمل المرأة فى مدة النفاس لم يذهب إليه أحد من علماء الشريعة وفقهائها . (نقض ١٩٧٨/٣/١ طعن ٣٠ س ٤٦ ق) .

المبحث الرابع

نكاح التحليل

سبق أن ذكرنا أن الطلاق البائن بينونة كبرى يؤدى إلى تحريم المرأة محل الطلاق تحريما مؤقتا ، ونقصد بالتحريم المؤقت هنا : أن هذه المرأة تحل له بعد أن تتزوج من آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يتوفى عنها . قال تعالى : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " ، وأضاف رسولنا الكريم إلى شرط زواج المطلقة المذكورة من الغير ، شرطا آخر وهو أن يدخل الزوج الثانى بها دخولا حقيقيا ، قال ﷺ فى رواية عن عائشة رضى الله عنها قالت : " جاءت امرأة رفاعة القرظى إلى النبى ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة القرظى فأبتّ طلاقى فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وأنا معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم رسول الله ﷺ وقال : أتريدين أن تعودى إلى رفاعة . لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك " وبالنظر والبحث عن الحكمة الشرعية التى توخاها الشارع من ربط حلها بزواجها من غيره : نجد أنها الحرص على أن يتأنّى كل رجل فى الطلاق ، لذا وضع الشارع هذا النظام زجرا له ، والزجر لا يمكن أن يتحقق بمجرد العقد على الغير ، فنفس الزوج الأول تقبل ذلك بكل سهولة ولا ترفضه ، لأن الثانى لم يلمسها ولم يدخل بها وعلى ذلك فالزجر لم يتحقق ، لذا اشترط الدخول بها دخولا حقيقيا لكى يتحقق غاية الشارع

من التحليل ، لأن النفس تأنف من معاشرة الغير لمطلقته وعلى ذلك فإنه يفكر مرة ومرات قبل الإقدام على الطلاق البائن بينونة كبرى .

آراء الفقهاء فى نكاح التحليل : اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو الآتى :

الرأى الأول : يرى فقهاء المالكية والحنابلة أن نكاح التحليل فاسد أى باطل ، لأن الفساد والبطلان لفظان مترادفان عند جمهور الفقهاء ، وفقهاء المذهبين من القائلين بذلك ، وسواء اشترط التحليل فى صلب العقد أو قبله أو بعده أو لم يشترط ولكن النية متوافرة للتحليل ، فهذا النوع من النكاح باطل وفاسد عندهم ، واستدلوا على ذلك : بما روى عن النبى ﷺ من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة بن عامر أنه قال ﷺ : " لعن الله المحلل والمحلل له " وهذه الرواية موجودة فى سند أحمد بن حنبل وسنن أبى داود والترمذى ، والنسائى ، وفى رواية أخرى أنه قال : " ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له " .

فلعنة المحلل كلعنة آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل دلالة واضحة على النهى ، والنهى يدل على فساد المنهى عنه ، كما أن اسم النكاح الشرعى لا ينطلق على النكاح المنهى عنه . هذا بالإضافة إلى أن هذا النوع من النكاح من الزواج المؤقت

الباطل . هذا بالإضافة إلى أن أصحاب رسول الله ﷺ قد فهموا ذلك : فقد روى عن عمر أنه كان يقول : " لا أوتى بمحلل ولا بمحللة إلا رجمتهما بالحجارة " ومن المعلوم أن الرجم لا يكون إلا على الزنا وروى نافع عن ابن عمر : أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم تعلم قال : إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها ، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله .

الرأى الثانى : يرى الحنفية والشافعية والشيعة الإمامية والظاهرية : التفريق فى هذه القضية بين ما إذا كان التحليل مجرد نية فقط ولا يوجد ما يدل عليها أثناء العقد ، وبين تسجيله فى عقد النكاح كشرط فيه : فإذا كان التحليل مجرد نية فقط فإن النكاح فى هذه الحالة جائز وصحيح ويترتب عليه الحل إذا انعقد على الوجه الذى طلبه الشارع ، لعدم اشتمال العقد على ما يؤثر فيه بالفساد ، وقد استدلوا على ذلك : بقوله تعالى : " حتى تنكح زوجا غيره – البقرة / ٢٣٠ " . فهذه الآية عامة فى النكاح ، وهذا ناكح ، وقالوا أيضا : ليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط فى صحة النكاح كما أن النهى عن الصلاة فى الدار المغصوبه ليس فى ذلك ما يدل على أن من شرط صحة الصلاة حتمية ملكيته للمكان الذى صلى فيه أو إذن مالك المكان ، وإذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فأحرى ألا يدل على بطلان التحليل وأما إذا شرط التحليل فى العقد فقد اختلف أصحاب هذا الرأى على النحو الآتى :

الشافعية : يقولون بفساد العقد لاشتماله على عقد فاسد ، وأبو يوسف صاحب أبى حنيفة يقول أيضا بفساده لأنه فى معنى الزواج المؤقت ، فسبب الفساد عنده يختلف عن سببه عند الشافعية .

وأما الإمام أبو حنيفة والشيعة الإمامية : فيقولون بصحته فالنكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة ، فشرط التحليل يلغى لأنه فاسد ويظل العقد صحيحا ، ولكنهم يقولون بأنه فى هذه الحالة من النكاح المكروه لقوله ﷺ :" لعن الله المحلل والمحلل له " . وعلى ذلك فللزوج الثانى – المحلل – أن يبقى مع هذه الزوجة لأن نكاحه صحيح ، ولا يستطيع أحد إكراهه على تطليقها أو مفارقتها ، فإذا طلقها باختياره أو إرادته أو توفى عنها وانقضت عدتها فإنها فى هذه الحالة تكون حلاً لزوجها الأول يجوز له أن يعقد عليها عقدا جديدا وبمهر جديد بثلاث تطليقات جديدة .

الراجح : إننى أرجح رأى أبو يوسف لأن نكاح التحليل نوع من الزواج المؤقت المتفق على بطلانه وفساده ، ولا اعتداد بنية التحليل فقط لأن العقد مكتمل لأركانه وشروطه ، والنية أمر باطنى لا اطلاع عليه لأحد عليها إلا المولى سبحانه وتعالى ، ولكنه آثم بنيته هذه وسيحاسبه المولى فى الآخرة ، طالما أن النية لم يدل عليها دليل أثناء العقد ، ولكن العمل يجرى فى مصر على قول أبى حنيفة لأنه الراجح فى المذهب .

هدم الطلقات : أو بمعنى آخر : أثر الزواج الثانى فى طلاق الزوج الأول :

بداءة : اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث تطليقات فإن هذه الزوجة تحرم عليه تحريما مؤقتا ، بمعنى إذا تزوجها رجل آخر وطلقها أو مات عنها ، فإنها تحل للزوج الأول وتعود إليه بعقد جديد يملك الزوج به ثلاث تطليقات جديدة .

أما إذا طلقها أقل من ثلاث كأن طلقها طلقة واحدة أو اثنتين – طلاق بائن – ثم عادت إليه بعقد جديد ومهر جديد فإنها تعود إليه بما بقى من طلقات واحدة أو أكثر باتفاق الفقهاء أيضا ، فالزوج لا يملك على امرأته فى الحل الواحد أكثر من ثلاث تطليقات .

ولكنهم اختلفوا فى المرأة التى تطلق طلقة واحدة أو اثنتان ثم يتزوجها رجل آخر : فهل يهدم الزواج الثانى ما دون الثلاث أى طلاق الزوج الأول بحيث لو طلقت من الثانى أو مات عنها وتزوجها الأول مرة أخرى ، هل تعود إليه بحل جديد أى بطلقات ثلاث أو بما بقى من الطلقات ؟

يرى البعض : كأبو حنيفة وأبو يوسف والمشهور عند الشيعة

الإمامية يرون الهدم أى تعود إليه بحل كامل وقد عللوا ذلك : بأن الزواج الثانى يهدم الطلقات الثلاث فمن باب أولى يهدم ما دون الثلاث أى يهدم الطلقة والطلقتين ، كما أن الزوجة تحرم على الزوج الأول بزواجها من الثانى ، وبالتالى يزول حلها ، وعندما يطلقها الثانى أو يموت عنها وتنتهى عدتها ، تزول حرمتها وتعود إليه بحل جديد غير الحل الأول الذى سقط بالزواج ، فالساقط لا يعود .

ويرى البعض : كأبى زفر ومحمد بن الحسن : أن الزواج الثانى لا يهدم الأقل من الثلاث وعلى ذلك فإذا طلقت أو توفى عنها ، وأعادها الزوج الأول ، فإنها تعود إليه بما بقى له من طلقات واحدة كانت أم اثنتين ، أى أن الحل الأول لا ينتهى ولا يزول إلا بثلاث تطليقات ، فالطلقة أو الاثنتين لا تحرم مطلقته عليه فيجوز له أن يعقد عليها مرة أخرى حتى ولو تزوجت من آخر وطلقها أو توفى عنها فإنها تعود إلى الأول بحلها السابق أى الحل الناقص ، فيتزوجها بما بقى له من تطليقات كما ذكرنا .

الراجح : هو الرأى الأخير لقوة دليله ، ولكن العمل فى المحاكم يجرى على رأى الإمام أبو حنيفة لأنه الراجح فى المذهب .

المبحث الخامس

أحكام طلاق المريض مرض الموت

الطلاق حق من حقوق الزوج يستخدمه فى الوقت الذى يراه إذا وجد ما يقتضيه بصرف النظر عن صحته أو مرضه طالما أنه أهل للتصرف ، فإذا قام بتطليق امرأته طلقة رجعية وتوفى أثناء عدتها فإنها ترثه باتفاق الفقهاء ، لأن الزوجية سبب من أسباب الإرث ، سواء كانت قائمة حقيقة أو حكما ، والزوجية فى هذه الحالة قائمة حكما أثناء عدة المطلقة طلاقا رجعيا ، وسواء كان المطلق مكتمل الصحة أم عليلا .

وأما إذا قام بتطليقها طلقة بائنة بينونة صغرى أو كبرى وتوفى أثناء عدتها فإنها لا ترثه بالاتفاق أيضا ، بشرط أن يكون صحيح البدن أو مريضا مرضا عاديا ليس من أمراض الموت . فلو كان مريضا بمرض من الأمراض التى تؤدى إلى الموت فإن الجمهور يعطيها الحق فى ميراثه إذا مات أثناء العدة ، معاملة له بنقيض مقصوده ، لأنه أراد الفرار من ميراثها وسبب الاختلاف فى هذه المسألة عدم وجود نص من القرآن أو السنة يحكم هذه القضية ، لذا اجتهد الصحابة فى هذه القضية ونقل عنهم أقوال مختلفة مما ترتب عليه اختلاف الفقهاء أيضا من بعدهم ، فالجمهور ومنهم الإمام مالك يرون توريثها ، والبعض ومنهم الشافعى لا يورثونها ، والجمهور القائل بتوريثها انقسموا إلى

ثلاث فرق : فأبو حنيفة وأصحابه والثورى يقولون بتوريثها بعد انقضاء عدتها بشرط ألا تتزوج من آخر ، ومالك والليث يريان توريثها سواء كانت فى العدة أم لا ، تزوجت أم لم تتزوج . وسبب اختلافهم في هذه القضية هو اختلافهم فى وجوب العمل بسد الذرائع ، فالمريض بمرض مهلك متهم بأن يكون إنما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها لأن التهمة هى العلة عندهم فى إيجاب توريثها ، ومن لم يقل بسد الذرائع لم يوجب لها ميراثا لأن الطلاق فى رأيهم قد وقع لذا يجب أن يقع بجميع أحكامه ومنها عدم توريثها لانقطاع الزوجية وأما الجمهور فقد استند إلى الآثار التى وردت عن الصحابة كعمر وعثمان ، بالإضافة إلى أن من ورثها بشرط وفاته فى عدتها ، لأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروى هذا القول عن عمر وعائشة ، وأما من اشترط فى توريثها ما لم تتزوج لإجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين .

ما الحكم إذا طلبت المرأة الطلاق من زوجها المريض مرض الموت ؟ أو ملكها أمرها فطلقت نفسها ؟ اختلفوا : فالإمام أبو حنيفة يرى: أنها لا ترث أصلا ، ويرى مالك : نفس رأيه السابق : أى أنها ترثه إن مات ولكنه لا يرثها إذا ماتت ، ويفرق البعض : بين الطلاق والتمليك فيورثها فى حال تطليقها ، ولا يورثها فى التمليك .

الفصل الرابع

الإنابة فى الطلاق والتفويض فيه

الطلاق حق من حقوق الزوج أعطاه له الشارع الحكيم لقوامته على الزوجة ، وقد تحدثنا عن ذلك بالتفصيل ، ومن المعلوم أن لصاحب الحق أن يقوم به بنفسه أو ينيب غيره ، إذا كان من الحقوق التى تصلح للنيابة ، والطلاق مما يقبل إنابة الغير مقام نفسه ، فللزوج أن يطلق زوجته بنفسه أو ينيب غيره فى إيقاعه ، ويستوى أن يكون الغير زوجته أو شخصا أجنبيا عنه .

ويلزم التنبيه إلى أن الحنفية يفرقون بين التوكيل فى الطلاق والتفويض فيه فالتفويض هو تمليك الزوجة حق تطليق نفسها منه ، سواء أكان هذا التمليك بلفظ الوكالة أو التفويض أو أى لفظ آخر يفيده ، فالطلاق فى هذا النوع رهن بمشيئة امرأته إن شاءت طلقت نفسها منه وإن شاءت لم تفعل . ومن التفويض أيضا : تمليك الغير حق تطليق امرأته إن شاء ، بقوله : طلق زوجتى إن شئت ، فتعليق التطليق على مشيئة شخص أجنبى يعد تفويضا أيضا عندهم .

وأما التوكيل فهو : إقامة الزوج غيره مقام نفسه فى تطليق امرأته وسواء كان هذا التوكيل بلفظ مشتق من الوكالة أو

غيرها .

الفرق بين التفويض والتوكيل :

أولا : الزوج المفوض لا يملك الرجوع فى تفويضه ، لأن التفويض كالطلاق المعلق على إرادة المفوض إليه ، والطلاق المعلق كالطلاق المنجز لا يجوز الرجوع فيه ، وعلى ذلك فالرجوع فى التفويض لا يمنع المفوض إليه من إيقاع الطلاق . أما إذا وكل الزوج غيره فى تطليق امرأته فله أى للموكل الرجوع فى توكيله بعزل الوكيل قولا أو فعلا قبل أن يطلق المرأة التى وكل فى تطليقها ، كأن يقول له : عزلتك من الوكالة فى تطليق امرأتى ، أو بالفعل كأن يخالط امرأته مخالطة جنسية ، فالقول أو الفعل المذكور مبطل للوكالة .

ثانيا : جنون المفوض - الزوج - لا يبطل التفويض ، لأن التفويض فى معنى التعليق والتعليق لا يبطل بجنون الزوج لأن الزوج يخرج الموكل عن أهليته .

ثالثا : التوكيل المطلق لا يتقيد بوقت ، أما التفويض المطلق فإنه يتقيد بالمجلس ، فإذا انتهى المجلس دون صدور الطلاق من المفوض إليه بطل التفويض إلا إذا كانت صيغة التفويض تعم جميع الأوقات هذا عند جمهور الفقهاء أما الحنابلة فيقولون بأن تفويض الزوج لامرأته أى جعل أمرها بيدها لا يتقيد بمجلس التفويض بل أمرها بيدها أبدا ، أما الوكيل : فله أن يطلق فى

المجلس أو بعده إلى أن يعزله الموكل ، إلا إذا قيده بالمجلس .

رابعا : التوكيل محتاج إلى قبول الوكيل لكى تتم الوكالة ، أما التفويض فلا يحتاج إلى قبول المفوض إليه لأنه يتم بعبارة المفوض وحده ، ولذا فإن للمفوض أن ينفذ ما فوض فيه وله ألا ينفذ ، لأنه مالك لما فوض فيه ، فإرادته هى المتحكمة فى التنفيذ أى أن له الخيار فى الفعل وعدمه ، وأما الوكيل فهو سفير ومعبر عن الموكل وبالتالى فهو يعمل بإرادة الموكل لا بإرادته ، وتصرفاته مقيدة بإرادة الموكل ومشيئته .

ويلزم التنويه إلى أن التفويض عند الحنفية لا يسلب الزوج حقه فى التطليق ، لأن الملكية الناشئة من التفويض والتى يفيدها ، ليس كغيره من التمليكات الأخرى ، فالتفويض يشبه التوكيل من هذه الناحية ، أو أن التفويض وسط بين التمليك والتوكيل كما يرى البعض ، فالطلاق مملوك للزوج طالما كانت الزوجية قائمة لأنه حكم من أحكام الزواج كما نعلم .

صيغة التفويض وألفاظه : التفويض فى معظم الأحيان يكون للمرأة ، وصيغته إما أن تكون مطلقة وإما أن تكون مقيدة بوقت معين ، فإن كان التفويض مطلقا عن التقييد تقيد حقها بمجلس التفويض إذا كانت حاضرة وبمجلس علمها بالتفويض إذا كانت غائبة ، وبانقضاء المجلس ينقضى ملكية حق الطلاق للمفوض إليه ، والآثار الواردة عن صحابة رسول الله تؤيد ذلك . وإن كانت مقيدة بوقت معين : مثال ذلك : طلقى نفسك فى مدة أسبوع

من الآن ، فامرأته مقيدة بهذه المدة ويبطل التفويض بانتهائها ، ولا تستطيع تطليق نفسها بعد انتهاء الوقت المحدد ، وهذا الحكم يطبق حتى ولو كانت غائبة عن مجلس التفويض ولم تعلم بـه إلا بعد انقضاء مدته ، وإن كانت مقيدة بما يفيد الدوام أو بما يفيد التعميم : فمن حقها أن تطلق نفسها فى أى وقت طالما بقيت الزوجية ، مثال ذلك : طلق نفسك متى أردت ، أو أمرك بيدك فإنه نوع توكيل بلفظ يقتضى العموم فى جميع أمرها فهو يشبه العبارة السابقة - طلقى نفسك متى شئت أو متى أردت أو ما شئت . . . فقد روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه : فى رجل جعل أمر امرأته بيدها . قال : هو لها حتى ينكل .

وقت التفويض : التفويض إما أن يكون قبل العقد أو مقارنا له ، أو بعد العقد : فإذا كان التفويض قبل عقد النكاح ، مثال ذلك : أن يقول رجل لامرأة : إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ثم قام بعقد الزواج عليها ، الحنفية يرون إعطاء المرأة المذكورة حق تطليق نفسها متى أرادت ، لأنهم يقولون بجواز تعليق الطلاق على الزواج ، فالتفويض المذكور تعليق للطلاق على مشيئة الزوجة بعد عقده عليها ، فالحنفية يسوون بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق ، وقوله : إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت . وإذا كان التفويض مقارنا للعقد : ننظر : إما أن يصدر الإيجاب من الزوجة وإما أن يصدر من الزوج ، فالتفويض فى الصورة الأولى صحيح وفى الثانية باطل ، ولنضرب أمثلة توضيحية : أن تقول المرأة للرجل : تزوجتك

على أن أطلق نفسى متى شئت ، ويقبل الرجل ذلك ، فإن هذا العقد صحيح ويكون لهذه المرأة الحق فى تطليق نفسها فى أى وقت تريده ، ولكن إذا قال الرجل للمرأة : تزوجتك بشرط أن تطلقي نفسك متى أردت أو متى شئت ، وتقبل المرأة ذلك ، فإن العقد يكون صحيحا فى هذه الصورة ولكن التفويض يكون باطلا ، لأن التفويض صادر قبل انعقاد العقد ، أى أنه ملكها شيئا - طلاقا - لم يملكه بعد ، وهذا غير جائز ، وهذا بخلاف الصورة الأولى ، لأن الرجل قبل الزواج أولا ثم لاشتراط التفويض ثانيا ، فقبوله لتفويضها تال لتمام العقد الذى ملك الطلاق به ، فيكون تمليكه وتفويضه لها جائز وصحيح .

هذا ويلزم التنويه إلى أن ألفاظ التفويض إما أن تكون صريحة أو كناية فالصريح لفظ واحد هو : طلقى نفسك ، وهذا النوع لا يحتاج إلى نية من أحدهما - الزوج أو الزوجة - عند إيقاع الطلاق .

وأما الكناية فلفظان هما : أمرك بيدك واختارى ، وهذا النوع لا يثبت به التفويض إلا مع توافر العقد والنية أو ما يقوم مقامها من القرائن أو دلالة الحال ، هذا هو رأى الجمهور ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة . هذا وقد استند الفقهاء لإجازتهم التفويض إلى رواية عائشة رضى الله عنها والتى قالت : لما أمر رسول الله بتخيير أزواجه ، بدأ بى فقال : " إنى لمخبرك خبرا فلا عليك ألا تعجلى حتى تستأمرى أبويك " ثم قال : إن الله تعالى :

قال : " يا أيها النبـي قل لأزواجك إن كنتن تـردن الحيـاة الدنيـا وزينتهـا فتعـالين أمتعكن وأسـرحكن سـراحا جميـلا ، وإن كنتـن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما " [٤]. فقلت : فى أى هذا أستأمر أبوىّ ؟ فـإنى أريـد الله ورسوله والدار الآخرة ، ثـم فعل أزواج النبـى مثـل مـا فعلت . متفـق عليـه . والتفويـض بـاللفظ الصريـح يقـع بـه طلقـة واحدة رجعية إلا إذا كان قبل الدخول وكان التفويض فـى مقابلـة مال فإنه يقع طلاقا بائنا بينونة صغرى ، وإن كان مكملا للثـلاث وقعت به بينونة كبرى .

وأما التفويض بالكناية فيقع به طلقة واحدة بائنة لأن اختيارهـا لنفسها لا يتم إلا بالطلاق البائن ، وكذلك لـن يكـون أمرهـا بيدهـا إلا بـالطلاق البـائن أيضـا ، هـذا وليـس للمفـوض إليـه أن تطلـق نفسها إلا مرة واحدة ، إلا إذا كان التفويض صـادرا بصيغـة تـدل على التكرار ، كأن يقول لها : طلقى نفسـك كلمـا شـئت أو طلـق زوجتى كلما شئت .

وإذا قامت الزوجة – المفـوض إليهـا – بتطليـق نفسـها ثـلاث تطليقات بناء على الصيغة المفيدة للتكرار ثم تزوجـت مـن رجـل آخر وطلقت منه أو توفى عنها ، وعادت إلى زوجها الأول فإنهـا تعود إليه بملك جديد وحل جديد وثلاث تطليقات أخرى ، ولا أثر للتفويض الأول الذى كان متفق عليه فى الزيجة الأولـى وهـذا لا

---

(٤) الأحزاب آية " ٢٨ " .

خلاف عليه ، ولكن الخلاف يثور إذا طلقت واحدة أو اثنتين فقط ثم تزوجت برجل آخر ثم طلقت منه أو توفى عنها وعادت إلى الزوج الأول ، فمحمد بن الحسن يرى أنها لا تملك إلا بقية الطلاقات الثلاث لأن الزواج الثانى لم يهدم الطلقات السابقة ، والزوج لا يملك عليها إلا ما تبقى من الطلقات فكذلك هى ، وأما الشيخان – أبو حنيفة وأبو يوسف – فيقولان بأن المفوض إليها تملك ثلاث تطليقات لأن الزوج يملك عليها ثلاثا لأن الزواج الثانى هدم الزواج السابق ، ونجد أنفسنا نتساءل مع شيخنا الشيخ مصطفى شلبى : إذا كان الزواج الثانى هدم الزواج السابق بما فيه من تطليقات ، ألا يكون من الأولى هدم التفويض فى الملك الأول لأنها عادت إليه بملك جديد لا أثر للتفويض فيه ، اللهم إلا إذا اشتمل العقد الجديد على تفويض جديد أيضا . هذا وقد جرى العمل فى مصر فى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن : " كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ " . وعلى ذلك فالزوج لا يملك إلا الطلاق الرجعى فيما عدا المسائل المستثناه ، ولذلك إذا قام الزوج بتفويض امرأته فى الطلاق يكون منصبا على الطلاق الرجعى فقط ، فما يقع بالتفويض طلقة واحدة رجعية سواء كان التفويض بلفظ صريح أو كناية ، نوى الزوج واحدة أو أكثر إلا إذا كان الطلاق قبل الدخول أو على

مال أو كان مكملا للثلاث ، والطلاق بالتفويض لا يكون طلاقا إلا مع توافر النية أو القرينة الدالة أو دلالة الحال .

الفصل الخامس

الطلاق على مال (الخلع)

وسنتحدث فى هذا الفصل على تعريف الخلع والأدلة على جوازه فى المبحث الأول ثم نتحدث عن الفرق بين الخلع والطلاق على مال فى المبحث الثانى ، ثم نتحدث عن شروط الخلع فى المبحث الثالث ، ثم نتحدث عن عوض الخلع وشروطه فى المبحث الرابع ، ثم نتحدث عن آثار الخلع فى المبحث الخامس .

المبحث الأول

تعريف الخلع والأدلة على جوازه

لما كان الطلاق حق للزوج يوقعه فى أى وقت يشاء ، والزوجة لا ينتقل إليها هذا الحق إلا بتفويض الزوج لها ، وقد تحدثنا عن ذلك بالتفصيل ، ولكن الشارع الحكيم اهتماما منه بالمرأة جعل لها طريقا لإنهاء الحياة الزوجية إذا لم تجد فيها الراحة والاستقرار المنشودين ، وتعسف الزوج ولم يطلقها ، لذا كان لها أن تشترى حريتها وتفتدى نفسها بدفع مبلغ من المال له ، على سبيل التعويض ، أى فى مقابل ما دفعه لها وأنفقه فى

زواجه منها ، وهذا التعويض - الافتداء هو ما يطلق عليه فقهاؤنا الخلع ، فتشريع الخلع رحمة من المولى سبحانه بالمرأة التى تكره زوجها وتبغضه ولا تجد طريقا للخلاص من هذه الحياة التعسة ، لأن الطلاق بيد الزوج ولا تستطيع إجباره عليه ، فأوجد الشارع هذا الطريق الشرعى لإخراجها من هذا النفق المظلم ، وهو الزيجة التى تخشى فيها المرأة من عدم الوفاء بحق الزوج الذى أصبحت تبغضه ولا تطيق العيش معه ، مما قد يخرجها عن الطريق الشرعى فى المعاملة وغيرها ، لذا شرع لها افتداء نفسها بالخلع وهو طلقة بائنة وفقا للرأى الراجح لا رجعة فيه إلا برضاها وإرادتها .

الخلع بفتح الخاء مصدر خلع ويستخدم فى الأشياء الحسية ، يقال خلع فلان ثوبه إذا أزاله من على بدنه ، ويستخدم أيضا فى الأشياء المعنوية ، يقال خلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه . وشرعا : هو الفرقة بين الزوجين نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها سواء كانت بلفظ الخلع وما فى معناه أو كانت بلفظ الطلاق ، وقد استخدم الفقهاء الخلع أو الفدية والصلح و المبارأة للدلالة على معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها .

هذا وقد اختلف الفقهاء فى التكييف الفقهى للخلع : هل الخلع عقد أم يمين :- فالصاحبان - أبو يوسف ومحمد بن الحسن - يعتبران الخلع يمينا من الجنبين - الزوج والزوجة - لأنهما مشتركان فيه ولا يتم إلا بإرادتهما ، وأما أبو حنيفة فيقول : بأن

الخلع يمين من جانب الزوج فقط ، لأنه حينما يقول لها خلعتك على خمسة آلاف من الجنيهات يكون هذا القول الصادر منه طلاق معلق على قبولها ، فإذا دفعت المبلغ المذكور تحقق قبولها وتم الطلاق ، والتعليق يمين في اصطلاح الفقهاء ، يطبق عليه أحكام اليمين بالنسبة للزوج ، وأما الزوجة فيكون معاوضة بالنسبة لها وإن كانت معاوضة تشبه التبرعات ، فالمعاوضة الصرفة يكون طرفاها - أى البدلين فيها - مال أو ما يقوّم بالمال ، وحصول المرأة على حريتها بالتطليق في نظير المال المدفوع للزوج ليس بمال ولا يمكن تقويمه بالمال ، لذا نطبق على بدل الخلع أحكام المعاوضات المالية بالنسبة للزوجة .

ويرى البعض : أن الخلع عقد : شأنه شأن جميع العقود أى ينعقد بإيجاب وقبول ، ويختلف بالنسبة لكلاهما ، فهو في جانب الرجل طلاق معلق على قبول المرأة مع دفع بدل الخلع المحدد منه ، وفي جانب المرأة معاوضة تشبه التبرع ، وعلى ذلك يجب توضيح الأحكام المترتبة على هذا التكييف .

<u>أولا</u> : الأحكام المترتبة على اعتبار الخلع يمين بالنسبة للزوج :

أ- إذا صدر الإيجاب منه صراحة أو دلالة ، فلا يجوز له أن يرجع فيه قبل قبول زوجته ، لأن قوله هذا من الطلاق المعلق ، ومن المعلوم أن الطلاق المعلق كالمنجز لا يصح الرجوع عنه ، وعلى ذلك فالزوج لا يملك الرجوع صراحة

عن الإيجاب ولا يصح ، وأما رجوعه دلالة فإنه لا يملكه من باب أولى ، فقيامه من مجلس الخلع قبل قبول الزوجة رجوع منه ولكنه غير مبطل للإيجاب فلو قبلت الزوجة بعد قيامه من المجلس وخروجه منه تم الخلع وأنتج آثاره .

ب- يجوز تعليق الخلع على أمر سيحدث فى المستقبل ، مثال ذلك : أن يقول لها : إن تزوجت امرأة ثانية عليك فقد خالعتك على خمسة آلاف من الجنيهات ، فقبلت عند حدوث ذلك ، كما يجوز إضافة إلى زمن مستقبل ، مثال ذلك : أن يقول لها : خلعتك على خمسة آلاف أول الأسبوع القادم فقبلت ، فإن الخلع يكون تاما فى الصورتين عند تحقق الشرط أو مجىء أول الأسبوع المحدد بينهما ، وقبولها قبل تحقق الشرط أو مجىء الوقت المحدد يكون لاغيا .

جـ- لا يجوز اشتراط الخيار لنفسه فى الخلع ، لأن اشتراط الخيار يجعل له الحق فى الرجوع عن الخلع فى المدة التى حددها فى الخيار ، والزوج لا يملك الرجوع فى إيجابه قبل قبول الزوجة كما أوضحنا ، كما أن الخلع يمين والخيار لا يكون فى الأيمان ، كما أنه إسقاط من جانبه والإسقاط لا يقبل الخيار .

ثانيا : الأحكام المترتبة على اعتبار الخلع معاوضة بالنسبة للزوجة :

أ- إذا صدر الإيجاب من الزوجة : جاز لها الرجوع فيه قبل قبول الزوج لأن المعاوضة يجوز الرجوع في الإيجاب فيها قبل قبول الطرف الآخر ، لذا قامت من المجلس قبل قبول الزوج ، أو قام هو قبل صدور القبول منه بطل إيجابها ، فالمعاوضات تبطل بتفرق العاقدين فى المجلس .

ب- لا يجوز للمرأة أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن المعاوضات لا يجوز فيها ذلك .

جـ- يجوز للمرأة المخالعة أن تشترط الخيار لنفسها ثلاثة أيام مثلا ، سواء أكانت موجبة أو قابلة ، ويجوز لها قبول الخلع فى هذه المدة أو رفضه ، وفى حالة رفضها لا يجب عليها شيء ولا يلزمها البدل الذى حدده الزوج فى إيجابه ، وفى حالة قبولها أو مضى مدة الخيار دون قبول أو رفض ، فإن الخلع يكون تاما ويجب عليها دفع البدل المحدد عند الإمام أبو حنيفة .

د- لا يشترط أن تكون الزوجة بالغة عاقلة رشيدة أى غير محجور عليها لأن الخلع معاوضة تشبه التبرعات ، لذا يشترط فيها أن تكون من أهل التبرعات .

والقانون المصرى يأخذ بهذا استنادا لرأى الحنفية ، هذا ويلزم التنويه إلى اختلاف الفقهاء فى جواز الخلع ، فالجمهور يرى جواز وقوع الخلع ، والبعض : يرى عدم جواز دفع شىء من المرأة ، فقال أبو بكر بن عبد الله المزينى : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا واستدل على ذلك بقوله : إن قوله تعالى : " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " منسوخ بقوله تعالى : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا " (٥). ويرد الجمهور على زعمه هذا ، معنى ذلك بغير رضاها وأما برضاها فجائز . واستدل الجمهور بما يأتى :

الأدلة على جواز الخلع : قال تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليها فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " (٦). فالمولى سبحانه وتعالى منع الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه لامرأته من المهر وخلافه فى مقابل طلاقها ، واستثنى المولى حالة واحدة أجاز له فيها الأخذ منها وهى إذا خافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح أى لا إثم عليه إذا أخذ ولا إثم عليها إذا أعطت .

---

(٥) النساء آية " ٢٠ " .

(٦) البقرة آية " ٢٢٩ " .

وروى ابن عباس رضـى اللـه عنهمـا : " أن امـرأة ثـابت بـن قيس أتـت النبـى ﷺ فقـالت : يـا رسـول اللـه ثـابت بـن قيس لا أعيب عليه فى خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر بعـد الدخـول فـى الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله ﷺ : اقبل الحديقة وطلقها طلقـة واحـدة " (٧). أخرجه أبو داود والبخارى والنسـائى وهـو حديـث متفـق عليـه . فهذا أول خلع حدث فى الإسـلام ، وقـد اتفقـت المذاهـب الأربعـة على جوازه ، بالإضافة إلى معظم الفقهاء الآخريـن ولمـا يخـالف فى ذلك إلا أحد الشافعية السالف ذكره . فالخلع مشروع بـالقرآن والسنة والإجماع .

ويلزم الإشارة إلى أن الخلع لا تحاسب عليه المرأة يوم القيامة إذا وجد سبب يقتضـى تحققـه ، لقولـه ﷺ : " أيمـا امـرأة سـألت زوجها الطلاق فى غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنـة " (٨). وكما حذر رسولنا المرأة من مخالعـة زوجهـا مـن غير حالـة أو ضرورة ، جعل الطلاق بغيضا إلى الرجل فقـال ﷺ : " أبغـض الحلال إلى الله الطلاق " .

المبحث الثانى

الفرق بين الخلع والطلاق على مال

---

(٧) البخارى / ١٢ ، والنسائى / ٣٤ .

(٨) نيل الأوطار ١٨٧/٦ .

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو الآتي :

الحنفية والشيعة الإمامية لا يفرقون بين الخلع والطلاق على مال فكلاهما طلاق بائن تنقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

وأما الشافعية والظاهرية : فيقولون : بأن الفرقة في نظير عوض تكون خلعا سواء استخدم لفظ الطلاق أو الخلع ، فالعبرة عندهم في تحقق الخلع وجود العوض ، فإذا لم يوجد لا يكون خلعا ، وهو فسخ عند الشافعية ، وأما الحنابلة فيقولون : بأن الفرقة بلفظ الخلع تكون فسخا لا طلاقا ، وبالتالي لا ينقص به عدد الطلقات المملوكة للزوج ، وأما الطلاق على مال فيكون طلاقا بائنا ينقص به عدد الطلقات .

وعلى ذلك فإن البعض الذي يرى أن الخلع يختلف عن الطلاق على مال ، يقولون : بأنهما يشتركان في بعض الأمور ويختلفان في البعض الآخر . فالطلاق البائن يقع بكلاهما ، والعوض المتفق عليه واجب على الزوجة الوفاء به ، بشرط أن تكون أهلا للتبرع ، ويختلفان عند الحنابلة في أن الفرقة بلفظ الخلع تكون فسخا لا طلاقا ، فلا ينقص به عدد الطلقات المملوكة للزوج ، وأما الفرقة بلفظ الطلاق على مال فتكون طلاقا بائنا ينقص به عدد الطلقات .

ويرى الإمام أبو حنيفة : أن الخلع يخالف الطلاق على المال في الآتى :

أ- الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع ، أما الطلاق على مال فلا يسقط به أى حق منها إلا نصّ عليه فى الاتفاق لاختلاف مدلول كلا اللفظين فى رأيه .

ب- بطلان العوض أو البدل فى الطلاق على مال يجعل الطلاق الواقع به رجعيا ، وأما بطلانه فى الخلع لا يغيّر الطلاق فيقع بائنا ، لأن الطلاق على مال من الطلاق الصريح والصريح يقع به الرجعى ، وأما الخلع فهو من الكنايات والواقع بها بائن . ومن الملاحظ أن الأثر المترتب على بطلان البدل قد اختلف فيهما ، لأن الزوجة لما عينت البدل شيئا لا يصح أن يكون عوضا كالخمر أو الخنزير أو ما شابه ذلك لم ترتكب غشا أو تغريرا ، لذا يقع الطلاق على كل حال ويكون العوض ملغيا ، فيعتبر كأنه لم يكن ، ويترتب على كل لفظ أثره الشرعى ويثبت له حكمه فأحدهما صريح والآخر كناية ، وما يعمل به فى مصر الآن : أن الخلع والطلاق على مال طلاق رجعى عند بطلان البدل أو العوض .

المبحث الثالث

شروط الخلع

اشترط الفقهاء شروطا فى الزوج وشروطا فى الزوجة وشروطا فى الصيغة : فيشترط فى الزوج أن يكون بالغا عاقلا أى أهلا لإيقاع هذا التصرف ، فلا يصح الخلع من الصبى والمجنون والمعتوه ومختلى العقل بمرض أو كبر ، فالقاعدة أن كل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه ، وكل من يصح طلاقه بلا مال يصح خلعه بعوض من باب أولى .

وأما شروط المختلعة فهى : أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع أى مكلفة أى بالغة عاقلة رشيدة غير محجور عليها ، ولكن يجب ملاحظة أن القانون المصرى وضع سنا لرشد المرأة والذكر وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية ، فخلع الزوجة قبل هذه السن يكون صادرا من غير رشيدة وبالتالى لا تكون ملزمة بالمال ويكون الطلاق الصادر من الزوج فى هذه الحالة رجعيا ، ونفس الحكم يطبق إذا وصلت هذه السن وكان محجورا عليها لسفه .

ويشترط فيها أيضا : ألا تكون مكرهة على الخلع ، فالرضا لابد منه لكى يكون الخلع صحيحا منتجا لآثاره ، وأن تكون عالمة بمعنى الخلع : فإذا كانت هذه المختلعة لا تعرف العربية وقام الزوج بتلقينها ألفاظ الخلع وبدله ، ورددت هذه الألفاظ

وراءه دون معرفة بمعناها ، وقبل الزوج ، فإنها تطلق منه طلقة بائنة ، ولا تلتزم المختلعة بشيء تجاهه .

وأما شروط الصيغة فهى : أن تكون صريحة منجزة لا معلقة ولا مضافة ، ويرى الحنابلة وقوع الخلع بالكناية إذا توافرت النية عند الزوجين ، أو دلّ الحال عليه بأن تطلب زوجته الخلع وتبذل العوض فيجيبها بذلك ، فدلالة الحال تغنى عن النية عندهم .

ويلزم التنويه إلى أن الخلع يختلف عن الطلاق فى أنه لا يتقيد وقوعه بوقت ، فيجوز فى الطهر والحيض لأن المرأة هى التى طلبته وأرادته ، فتحريم الطلاق فى الحيض ثابت لدفع الضرر بتطويل العدة .

ما الحكم إذا لم تتوافر المختلعة الشروط السالفة الذكر : كأن كانت فاقدة الأهلية أو ناقصة الأهلية أو مكرهة أو محجورا عليها للسفه : لكل حالة من هذه الحالات حكمها سنوضحه فى النقاط التالية :

أ- خلع فاقدة الأهلية لعدم التمييز أو الجنون : يجب التفرقة بين قيام الزوجة بنفسها بالاتفاق على المخالفة وبين قيام وليها بذلك : ففى حالة قيامها بإبرام الاتفاق مع زوجها فإن الخلع يكون باطلا ، لأن الخلع معلق على قبولها ، وقبولها فى هذه الحالة لا يعتد به للصغر أو الجنون . وأما إذا قام وليها بإبرام

الاتفاق مع زوجها ، ننظر : إن التزم الوليّ بدفع مبلغ من المال نظير المخالعة أو الطلاق على مال ، فإن الطلاق يقع بائنا ، لأنه معلق على قبول الولى ، وقبوله يعتدّ به ، ويجب على الولى أن يوفى بما التزم به ، والحنفية يقولون : بعدم سقوط أى شيء من حقوق الزوجة بالخلع .

وأما إذا التزم الوليّ بدفع مبلغ من المال ولكن من مال المختلعة التى هى تحت ولايته وليس من مال نفسه ، فإن الطلاق يقع بائنا ، وإذا كان طلاقا على مال فإنه يكون طلاقا رجعيا وفقا للرواية الراجحة عند الحنفية ، لأن الاتفاق علق على قبوله وقبوله يعتدّ به ومعتبر ، وأما المال فلا يكون لازما ، لأن الوليّ لم يلتزم بدفعه من ماله الخاص ، وإنما التزم بدفعه من مال المطلقة أو المختلعة وهو لا يملك دفعه من مالها ، لأنه تبرع وهو ممنوع من التبرع بشيء من مالها . وفى رواية مرجوحة عند الحنفية : لا يقع الطلاق لأنه طلاق معلق على حصوله على المال المتفق عليه ، فإذا لم يحصل على هذا البدل فإن الطلاق لا يقع .

ب- خلع ناقصة الأهلية : إذا قامت الصغيرة المميزة بمخالفة زوجها بنفسها فإن الخلع يكون صحيحا منتجا لآثاره ، فيقع عليها طلقة بائنة ، لأنه معلق على قبولها ، وهو معتبر فى هذه الحالة بشرط أن تكون فاهمة لمعنى الخلع والآثار التى ترتبت عليه ، ولكن إذا كان طلاقا على مال فإن الطلاق

يكون رجعيا طالما قبلت به بشرط أن يكون بعد الدخول وغير مكمل للثلاث ، وفى الحالتين لا تكون ملتزمة بدفع البدل ، لأن ناقصة الأهلية ليست من أهل التبرع ، ونفس الحكم يطبق على المحجور عليها للسفه . ولكن إذا قام وليها أو القيم عليها بالاتفاق على الخلع أو الطلاق على مال فالحكم هو ما تحدثنا عنه فى الحالة السابقة (عديمة الأهلية) .

جـ- خلع المكرهة : الطلاق البائن يقع فى هذه الحالة عند الحنفية لأن قبولها للطلاق متحقق ، أما البدل فلا تلتزم به لانعدام الرضا ، فقد اتفق فقهاؤنا على أن الالتزام المالى المقترن بالإكراه باطل .

د- خلع الأجنبى : وصورة ذلك : أن يقول للزوج : اخلع زوجتك مقابل خمسة آلاف من الجنيهات أدفعها لك من مالى ، فإذا وافق الزوج فإن الخلع يكون صحيحا ويقع الطلاق به ، ويلزم الأجنبى بدفع البدل المتفق عليه ، ولكن إن أضاف البدل المالى إلى الغير : بأن قال اخلعها على مبلغ كذا يلتزم فلان بدفعها لك ، فإن الخلع متوقف فى هذه الحالة على إجازة المضاف إليه ، فإن لم يجز الخلع لا يجب عليه شىء ولا يقع الطلاق ، وإن اجازه وجب عليه دفع البدل وصح الخلع ووقع الطلاق وفى الصورتين لا يلزم قبول المختلعة ، لأنه إسقاط لحق لا يفتقر إلى رضى المسقط عنه . ولكن إذا لم يضف البدل المالى إلى أحد فإن صحة الخلع فى هذه الحالة متوقفة

على قبول الزوجة ، وفى حالة قبولها تكون ملزمة بدفع البدل المنصوص عليه ، وإذا لم ترض به فلا تكون ملزمة بشىء ، وأما وقوع الطلاق فى هذه الصورة فللحنفية قولان .

هـ- خلع المريض مرض الموت : إن الخلع فى هذه الحالة صحيح ، وكذا لو قام بتطليقها على مال ، والعوض أو البدل ثابت فى الحالتين بشرط قبولها . ولكن هذا البدل يكون فى حكم الوصية وبالتالى لا ينفذ إلا فى ثلث التركة ، لأنه يشبه التبرع ، والمريض مرض الموت لا يحق لها التبرع بما يزيد على ثلث تركتها ، لتعلق حقوق الورثة والدائنين بها منذ إصابتها بالمرض المميت ، ولكن إذا توفت المخالعة المريضة أثناء العدة فالحنفية يعطون للمخالع الأقل من أمور ثلاثة هى : ثلث التركة ، بدل الخلع ، وسهمه فى الميراث - وهو نصف التركة إذا لم يوجد فرع وارث أو ربعها عند وجوده - .

والعلة فى ذلك : وجوب الأقل من هذه الأمور الاحتياط فى المحافظة على حقوق الورثة ، لاحتمال اللجوء إلى الخلع لإعطاء الزوجة أكثر من سهمه الذى فرض الله له عند وفاة امرأته لو ظلت الزوجية إلى حدوثها . وقد يقول قائل فالتوصى له بجزء من تركتها بدلا من الاحتماء وراء عقد الخلع ؟

والرد على ذلك يسير : الوصية لا تكون جائزة للورثة عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية : لابد من إجازة الورثة لكى تنفذ

هذه الوصية . لذا أوجب الحنفية له الأقل من هذه الأمور الثلاثة معاملة لهما بنقيض مقصودهما . وأما إن توفت فى مرضها بعد انقضاء العدة فإن حقه فى هذه الحالة الأقل من أمرين ثلث التركة أو بدل الخلع ، لأن الإرث قد انقضى وانقطع بانتهاء عدتها ، لأن انقضاء العدة قاطع لجميع آثار الزواج الذى هو سبب للتوريث بينهما وبالتالى لم يبق إلا الاحتمال الآخر وهو المجاملة والمحاباة بإعطائه بدل الخلع يكون أكثر مما يأخذه بطريق الوصية .

وأما إن توفت بعد شفائها من المرض الذى تم فيه الخلع ، فإن للزوج فى هذه الحالة أن يحصل على العوض المتفق عليه – بدل الخلع – كاملا غير منقوص ، لأن الخلع تم وامرأته فى حال الصحة ، والمحاكم المصرية كانت تأخذ بهذا الرأى إلى أن صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى أجاز الوصية أو ما فى حكمها للوارث كالأجنبى فى حدود ثلث التركة دون ما حاجة إلى إجازة باقى الورثة ، فإن للزوج المخالع لزوجته فى مرض موتها أن يحصل على الأقل من بدل الخلع أو ثلث التركة حتى ولو زاد على نصيبه فى الميراث ، سواء ماتت الزوجة المخالعة أثناء عدتها أو بعد انقضائها .

المبحث الرابع

عوض الخلع وشروطه

كل ما جاز صداقا أى مهرا جاز جعله عوضا أى بدلا فى الخلع قليلا كان أو كثيرا ، وعلى ذلك : فيجوز أن يكون من النقدين ، والنقدين لم تعد من الذهب أو الفضة وإنما صارت ورقا من البنكنوت حل محل النقدين فيقوم مقامه ، ويجوز أن يكون العوض منقولا أو عقارا معينا ، كما يجوز أن يكون العوض منفعة تقوم بالمال ، كما يجوز عند الحنفية أن يكون دينا فى ذمة الزوج ، كما يصح أن يكون العوض الاتفاق على إرضاع ولدها منه فترة معينة ، أو على حضانته فترة معينة دون أن تأخذ منه نفقة عليها ، أو يتفقا على أن العوض قيام المخالفة بالإنفاق على زوجها – المخالع – مدة معينة ويجب عليها الوفاء بما اتفق عليه ، فإن امتنعت عن القيام بالالتزام المتفق عليه أو عجزت عن الوفاء به أو فقدت أهليتها بالجنون ، أو توفى الطفل المتفق على رضاعته قبل انتهاء مدة رضاعته ، أو حضانته ، فإنه يحق للمخالع – الزوج – أن يطالبها بتعويض عن المدة التى لم تقم فيها بواجبها ولكن من حقها أن توفى به على أقساط بنفس الصورة التى كانت توفى بها التزامها ، فإذا ماتت قبل أداء ما عليها كان له مطالبة ورثتها به ، هذا مع ملاحظة أن هذه الأحكام تطبق إذا لم يكن هناك أى نوع من الشروط فى عقد الخلع ، فإذا اشتمل العقد على شرط ما وجب الوفاء به مثال ذلك

: إذا اشترطت عليه عدم مطالبتها بشيء فى حالة وفاة الولد أثناء إرضاعه أو حضانته ، فالمسلمون على شروطهم .

وما الحكم إذا أعسرت الزوجة المخلعة فلم تستطع الوفاء ببدل الخلع ، وكان موضوعه الإنفاق على ولدها : فى هذه الحالة يحق لها اللجوء إلى الزوج للإنفاق عليه ، ويجب عليه القيام بذلك جبرا وليس طواعية ، لأن النفقة حق للولد على أبيه ، ونقل إلى أمه تنفيذا لعقد الخلع ، فقد جعل بدلا وعوضا فيه ، وفى حالة إعسارها وعجزها عن النفقة ، فإن الأصل - الأب - يحل مكانها ، للمحافظة على حياة ولده ، وللزوج المخالع أن يرجع عليها بما أنفقه عند يسارها .

شروط عوض الخلع :

العوض إما أن يكون مالا أو غير مال كما فصلنا فى الفقرة السابقة ، فإن كان مالا فيشترط فيه أولا : أن يكون متقوما ، فإذا كان غير متقوم فإن الحنفية يقولون بوقوع الطلاق البائن وليس على الزوجة شيء ، وأما الحنابلة فيقولون بأنه إذا خالعها على خلّ فبان خمرا فله قيمة الخل ، ولكن إذا خالعها على خمر وهما مسلمان عالمان بذلك فهو كالخلع بغير عوض وهو غير صحيح عندهم .

الشرط الثاني : لا يكون المال - العوض - مجهولا جهالة فاحشة : لأن الخلع عقد من عقود المعاوضة ، والبدل إذا كان

مجهولا يبطل الخلع عند البعض ، وأما الحنفية فيصح عندهم وينصرف البدل إلى المهر إذا لم يكن تقدير هذا البدل ، فإن أمكن تقديره وجب المذكور فى العقد . وللبدل المجهول ثلاثة صور عندهم :

أ- ألا تذكر المخالعة مالا أصلا ولكن عبارتها تحتمل المال وعدمه ، مثال ذلك : خالعني على ما فى يدى أو ما فى منزلى ، فيدها أو بيتها قد يكون فيه مال وقد لا يكون ، فالخلع فى هذه الصورة صحيح عندهم على كلا الفرضين ، فإن وجد شيئا أخذه وإلا فلا شيء له .

ب- أن تذكر المخالعة مالا ولكنه سيوجد مستقبلا ، مثال ذلك : خالعنى على إنتاج حديقتى هذا العام ، فالخلع صحيح هنا أيضا ولكن البدل ينصرف إلى مهرها سواء وجد ثمر الحديقة أم لم يوجد .

جـ- أن تخالعه على مال مجهول ولكنه موجود ، مثال ذلك : خالعنى على ما فى بطن هذه الأبقار ، فالخلع صحيح وله نتاج هذه الأبقار إن نزل حيا وإلا كان له المهر بدلا للخلع .

الشرط الثالث : ألا يكون البدل متضمنا عدوانا على حق الشارع أو على حق الغير ، مثال ذلك : المخالعة على التنازل عن النفقة والسكنى ، يجوز البدل فى النفقة وأما السكنى فلا يجوز لأنها حق الشارع عند الحنفية ، وكذا إذا كان البدل منصبا

على إبقاء الحضانة للذكر إلى حين بلوغه فإن البدل المذكور لا يكون صحيحا إلا فى مدة الحضانة المقررة شرعا ويبطل فى المدة المتبقية إلى البلوغ ، لأن الصغير محتاج إلى أمه فى الفترة الأولى ، وبعد انتهائها يكون محتاجا إلى أبيه ليتولى تربيته وتعليمه وتثقيفه لكى يكون رجلا صالحا متخلقا بأخلاق الإسلام ، وبقائه مع أمه في هذه الفترة الحرجة يعد عدوانا وإضرارا به ويجب رفع هذا الاتفاق المضر به شرعا . ولكن إذا كانت الحضانة للصغيرة أى أنثى فإن الاتفاق يكون صحيحا ويصح البدل فى المدة كلها ، لأن الاتفاق على بقائها فى حضانة أمها إلى البلوغ نافع بها وليس ضار ، فالبنت محتاجة إلى أمها لتعلمها الشئون المنزلية والنسائية لكى تكون امرأة نافعة لأمتها ودينها .

متى يكون الخلع مباحا ومتى يكون محرما أو مكروها ؟

أولا : الخلع المباح : ويكون عند كراهية المرأة لزوجها وبغضها له ، وخوفها ألا تؤدى حقه ، ولا تقيم حدود الله فى طاعته ، لذا فإن لهذه المرأة أن تفتدى نفسها منه ، لقوله تعالى : " وإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " [٩]. وروى البخارى بإسناده . قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبى ﷺ فقالت : يا رسول الله ما أنقم على ثابت من دين ولا خلق ، إلا إنى أخاف الكفر فى الإسلام ، فقال رسول

---

(٩) البقرة آية " ٢٢٩ " .

الله ﷺ أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم . فردت عليه ، وأمره ففارقها . ولأن حاجتها داعية إلى فرقته ، ولن تصل إلى هذه الفرقة إلا ببذل العوض - بدل الخلع - فأبيح لها ذلك كشراء المتاع .

ثانيا : الخلع المكروه : يكون عند عدم وجود سبب للمخالعة : بأن كانت حياتها مستقيمة ، لقوله تعالى : " فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " [10]. بل إن الإمام يحرم هذا النوع ويرى بطلانه ، لأن الخلع مثل حديث سهلة السابق ، تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا هو الخلع : لقوله تعالى : " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله " [11]. فقد روى ثوبان قال : قال رسول الله : " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة " . رواه أبو داود .

ثالثا : الخلع المحرم : هو أن يعضل الرجل زوجته بإلحاقه الأذى بها ، ومنعها حقها ظلما لتفتدى نفسها منه ، لقوله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن " [12]. فإن طلقها في هذه الحال بعوض ، لم يستحقه لأنه عوض أكرهت المرأة على بذله بغير حق فلم يستحقه ، هذا الحكم ديانة كما يقرر

---

(١٠) لنساء آية " ٤ " .

(١١) البقرة آية " ٢٢٩ " .

(١٢) النساء آية " ١٩ " .

جمهور الفقهاء ، أما قضاء فيجوز لـه أخذ العوض استنادا إلـى حكم القاضى به ، هذا ويرى الجمهور أن الخلـع فـى هـذه الحالـة باطل ولا يجوز له أخذ العوض ، ويقع بالخلع طلاق رجعى .

هل يتقيد العوض بمقدار المهر أو تجوز الزيادة عليه ؟

للحنفية رأيان فى هذه المسألة : الأول : إذا كان العوض زائـد عن المهر فإن للزوج أخذه ، لأن الآية رفعت الإثم والجناح عن الأخذ والمعطى سواء كان المعطى – البـدل – مسـاويا للمهـر أو زائدا عليه (فلا جناح عليهما فيما افتدت به " هذا بالإضافـة إلـى أن الخلع من عقود المعاوضات ، والبدل بتراضى الطرفين ، كما أن المخالعة دفعت هذه الزيادة بنفس راضية ، قال تعالى : " فـإن طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " .

الثانى : الأخذ للزيادة مكروه : لأن رفع الجناح عن المعطـى والأخذ إذا كـان مسـاويا للمهـر . لأن عجـز الآيـة مـردود إلـى صدرها وصدرها ينهى الأزواج عن أخذ شىء من مهـر زوجتـه واستثنى من ذلك حالة الخوف من ترك إقامة حدود الله ، فالمراد من قوله تعالى : " فيمـا افتـدت بـه " أى ممـا آتاهـا ، ويؤيـد هـذا الفهم حديث امرأة ثابت بن قيس فقد قال لها الرسـول : " أتردين عليه حديقتـه " فقـالت : نعـم وزيـادة ، قـال : أمـا الزيـادة فـلا ، فالرسول ﷺ نهى فى هذه القصة عن أخذ الزيادة مع أن النشـوز والبغـض مـن ناحيتهـا ، وعرضـت الزيـادة بإرادتهـا واختيارهـا وبطيب نفس منها .

المبحث الخامس

آثار الخلع

اختلف فقهاء الحنفية فى بعض الآثار واتفقوا فى بعضها :

أولا : الآثار المتفق عليها :

أ- الخلع يترتب عليه طلقة بائنة ، فالزوجة المخالعة تدفع العوض مقابل التخلص من زوجها وامتلاك عصمتها ونفسها ، وهذا لن يتحقق إذا كان الطلاق رجعيا ، وهذه الطلقة لا تتوقف على حكم يصدر من القاضى .

ب- يجب على الزوجة دفع العوض المتفق عليه إلى الزوج المخالع ، ولا يترتب على هذا الخلع إسقاط للديون أو الحقوق التى لأحدهما على الآخر والغير مرتبطة بعقد النكاح كالثمن أو الأجرة أو الوديعة وما شابه ذلك .

جـ- لا يبطل الخلع بالشرط الفاسد فإذا شرطت استمرار حضانتها للطفل حتى لو تزوجت بغير ذى رحم محرم من الزوج ، فإن هذا الشرط يكون باطلا والخلع صحيح ، أو اشتراط إسقاط حضانتها للطفل فإنه يبطل أيضا وحده والخلع يكون صحيحا .

ثانيا : الآثار المختلف عليها :

اختلف الحنفية فـي الحقوق المرتبطـة بعقد النكاح والمترتبـة عليه ولم ينص عليها فى الاتفاق ، كـالصداق والنفقـة المتجمـدة : فالإمام يرى سقوطها بلفظ الخلع أو المبارأة لأن الهدف منه قطـع الخصومة والنزاع بين الزوجين ، وهذا لن يتحقق إلا بإسقاط كـل الحقوق المترتبـة علـى هذا الـزواج ، وعلـى ذلـك فليـس لهـا أن تطالبـه بـالصداق المؤجـل أو الحـال الـذى لـم تقبضـه ولا بالنفقـة المتجمدة كما لا يجوز لـلزوج أن يطالبهـا بـالصداق الـذى أخذتـه ولا بالهدايا .

وأما محمد بن الحسن فيرى عدم سقوط هـذه الحقـوق ، ولا يجب بالخلع إلا ما اتفق عليـه ، فـالخلع شـبيه بالمعاوضـة لـذا لا يجب به إلا ما شرط فيه ، كما أن لفظ الخلـع أو المبـارأة لا يـدل على سقوطها وبالتالى فإن لها المطالبة بالمهر والنفقة .

وأما أبو يوسف فيفرق بيـن لفـظ الخلـع والمبـارأة ، فـإذا وقـع الخلع باللفظ الأول فلا يجب إلا ما اتفقـا عليـه ، وإذا وقـع بـاللفظ الثانى فإنه يسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجية ، فلفظ المبارأة صريح فى إبراء كل منهما صاحبه ، وأما لفظ الخلـع ومـا اشـتق منه لا يدل على ذلك ، لذا يجب قصره على ما اتفقا عليه .

والعمل فى مصر يجرى على مذهب الإمام لأنـه الراجـح فـى المذهب الحنفـى ، فـالخلع مسـقط لجميـع الحقـوق الزوجيـة ، ولا يستثنى من ذلك إلا النفقة المتجمـدة للزوجـة فإنهـا لا تسـقط بـه ، لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، قـد نـص فـى المـادة الأولـى

منه : (تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء) .

وسنورد بعض أحكام محكمة النقض الصادرة فى الخلع :

الإبراء فى الطلاق :

الطلاق نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة . طلاق بائن . المادة ٥م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

إذ يبين ن الرجوع إلى الأوراق أن الطلاق الذى تم بين والدة الطاعن ومورث المطعون عليهم بتاريخ ١٩٤٤/٥/٧ كان طلاقا نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة فيكون الطلاق بائنا طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال . (نقض ١٩٧٥/١/٢٩ طعن ١س ٤١ ق) .

الطلاق على مال لا يتم إلا بإيجاب وقبول . إقرار الزوجة بإبراء زوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع حقوقها الزوجية مقابل حصولها على الطلاق . خلو عبارة الإقرار مما يفيد إيقاع يمين الطلاق مقابل هذا العوض . مجرد إيجاب من الزوجة لم يصادفه قبول من الزوج .

الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين ، وإذ كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة إنما تتضمن إبراءها لزوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج مقبل حصولها على الطلاق ، وقد خلت مما يفيد إيقاع الزوج يمين الطلاق على زوجته مقابل هذا العوض ، فإن هذه العبارة بمجردها لا تعدو مجرد إيجاب من الزوجة بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلا ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال وشروطه وبالتالى لا يترتب عليها أثره المقرر شرعا . (نقض ١٩٦٣/١١/١٣ طعن ٩ س ٣١ ق) .

اعتبار الخلع أو الطلاق على مال من مسائل الأحوال الشخصية التى تحكمها الشريعة الإسلامية وإليها يرجع فى تقرير ما يجب فى انعقاده حتى تقع الفرقة ويستحق المال .

المبارأة والخلع أو الطلاق على مال ليست من المعاوضات المالية التى تطبق فى شأنها أحكام القانون المدنى بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها وحدها لتقرير ما يجب أن يتم به رضاء الزوجين وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول ، وكيف يكون الإيجاب والقبول

معتبرين شرعا حتى تقع الفرقة ويستحق المال . (نقض ٢٨/١٠/١٩٣٧ طعن ٨١ س ٦ ق) .

ركن الطلاق على مال هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى أما مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله فى مجلس واحد دون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية فلا يعتبر طلاقا مستوجبا لزوم المال .

إن ركن الطلاق على مال (الذى هو عقد على الطلاق بعوض هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى بين الزوجين ولذلك فإن مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله فى مجلس واحد بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية المتقدمة الذكر لا يعتبر أن الإيجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين واستحقاق الزوج للعوض قد حصلا على أساس ما تم بينهما على ما ينبغى أن تبذله الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه وتنفيذها هذا الاتفاق بإيفائها بعض المال المتفق عليه .

الباب الثانى

التفريق بواسطة القضاء

وسنتحدث فى هذا الباب عن التفريق للعيب فى الفصل الأول ، ثم نتحدث عن التفريق للضرر فى الفصل الثانى ، ثم نتحدث عن التفريق لعدم الإنفاق فى الفصل الثالث ، ثم نتحدث عن التفريق لغيبة الزوج فى الفصل الرابع .

الفصل الأول

التفريق للعيب

العيب هو كل آفة بدنية أو عقلية تلحق أحد الزوجين ويترتب عليها عدم استقرار فى الحياة الزوجية أو جعلها غير مثمرة . وقد اختلف فقهاؤنا اختلافا كبيرا فى التفريق بالعيب على النحو الآتى :

أولا : يرى الظاهرية وبعض التابعين عدم التفريق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه ، وسواء كان بالزوج أم بالزوجة قبل العقد أم بعده ، فلا يوجد بالقرآن أو السنة دليل يقول بالتفريق للعيب ، وإنما أقوال منقولة عن الصحابة لا تتعدى عن كونها آراء اجتهادية لا يحتج بها . فيقول ابن حزم فى المحلى ج ١١ رقم ٣٥٧ : لا ينفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ولا

بأن تجد هي كذلك ولا بعنة ولا بداء الفرج ولا بشيء من العيوب .

ثانيا : يرى البعض كالزهرى وأبو ثور : التفريق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه بشرط أن يترتب عليه عدم تحصيل محصول النكاح من التناسل أو توافر المودة والرحمة بينهما ، أو نفور وبغض بينهما ، فالعقد أبرم بينهما على أساس السلامة من العيوب فإذا لم توجد كان لكل منهما الخيار .وقد رجح ابن القيم هذا الرأى فى زاد المعاد ج ٤ رقم ٤٣ فقال : إن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساويا لها لا وجه له ، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من اعظم المنفرات ، والسكوت عنها من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والإطلاق فى العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا ، وقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها . فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى يعتبر العقم عندها كمال بلا نقص . والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود الزواج من الرحمة والمودة يوجب الخيار .

ثالثا : يرى جمهور الفقهاء : جواز التفريق بالعيب ، ولكنهم اختلفوا فى العيب الذى يثبت به التفريق ، فليس كل عيب صالح

كسبب للتفريق ، فالعيب المبيح للتفريق هو الذى يلحق ضرر لا يطيقه ولا يتحمله الزوج الآخر ، أو الذى ينتج عنه خللا بالغاية الأصلية من الزواج ، واختلفوا أيضا فيمن يثبت له هذا الحق ، واختلفوا فى نوع التفريق بالعيب على النحو الآتى :

أ- العيب الموجب للتفريق : يرى أبو حنيفة وأبو يوسف : أنه العيب المانع من الإنجاب والتناسل كالعنة والجب والخصى [1]. فالزوج المصاب بأحد هذه الأمراض يكون غير صالح للإنجاب وبالتالى يستحيل تحقيق الهدف من النكاح ، أما العيوب الأخرى فلا تكون مانعة من تحقيق هذا الهدف فإنه يكفى تحققه فى الجملة عندهم .

ويرى محمد بن الحسن الزيادة على ما قاله الشيخان - الإمام وأبو يوسف - فالجنون والجذام والبرص عنده من العيوب الموجبة للتفريق أيضا .

وأما المالكية فيقولون بأنها ثلاث عشرة عيبا : بعضها خاص بالرجل وبعضها خاص بالمرأة وبعضها مشترك بينهما ، وأضاف الحنابلة عيوبا أخرى .

ب- من يثبت له هذا الحق : أى الزوجة فقط هى التى لها الخيار أم أنه لكلاهما : يرى الحنفية : أنه ثابت للزوجة فقط :

---

(١) العنة : عدم انتشار الذكر ، الجب : قطع الذكر ، الخصى : قطع الأنثيين .

لأن الزوج يملك حق الطلاق وبالتالى يستطيع دفع الضرر عن نفسه ، دون اللجوء إلى القضاء ، أما المرأة فليس أمامها إلا القاضى لتدرأ الضرر عن نفسها .

ويرى الجمهور : أنه ثابت لكلا الزوجين ، فللزوج أيضا اللجوء إلى القاضى طالبا التفريق بينه وبين زوجته إذا وجد بها رتقا أو قرنا أو إفضاء [٢]. أو جنونا أو جذاما أو برصا ، فبعضها مانع من الاتصال الجنسى وبعضها يتضرر به ولا يمكنه معاشرتها والعيش معها ، كما أن للزوجة هذا الحق أيضا .

جـ- نوع التفريق بالعيب : يرى الحنفية والمالكية : أن التفريق بالعيب طلاق بائن ، لأن صدور الطلاق من القاضى فى هذه الحالة كأنه صادر من الزوج ، وجعل الطلاق بائنا : لأن دفع الضرر عن المرأة لا يكون إلا بالبينونة .

ويرى الشافعية والحنابلة : أن التفريق بالعيب فسخ ، لأن طلب الفرقة جاء من الزوجة ، وثمرة هذا الخلاف تتضح فى إنقاص عدد الطلقات إذا احتسب التفريق طلاقا ، وأما إذا عد فسخا فلا يترتب عليه نقصان فى عدد الطلقات ، ويجب عليه

---

(٢) الرتق : انسداد الفرج بلحم أى بغدة أو غيرها ، والقرن : انسداده بعظم ، والإفضاء : اختلاط المسلكين البول والغائط .

نصف المهر إذا احتسب طلاقا وكان قبل الدخول بهـا ، ولكـن لا يجب ليه شيء من المهر إذا اعتبر فسخا وليس طلاقا .

ويبرز هنا تساؤل : هل هذا الحق يكـون ثابتـا علـى الفور أو على التراخي ؟

[illegible] الحق ، ولا يشترط عندهم في طالب التفريق أن يكون [illegible] العيوب .

[illegible] الحنفية والحنابلة : أن هذا الحق يثبت علـى التراخي ولا [illegible] بمجرد السكوت بل لابد من الرضـا بـه صراحـة أو دلالة ، بل إن هذا الحق لا يثبت حتى بعد رفـع الدعـوى وتركهـا [illegible] الزمن ، ولها تجديد الدعوى مرة أخرى ، ولكن إذا ثبت [illegible] القاضي في التفريق [illegible] سكتت فإنه يسقط ، ويشترط [illegible] طالب التفريق أن يكون خاليا من العيوب .

هذا ويلزم التنويه إلى أن الشافعية والحنابلـة والشـيعة يثبتـون حق الفرقة بالعيب سواء كان موجودا عند عقـد النكـاح أو حـدث بعده ما عدا العنة فإن الشـافعية والشـيعة لا يعطـون للمـرأة حـق المطالبة بالفسخ إذا حدثت بعد الدخول بها ، أما الحنفية فيجـيزون ذلك .

الرأى الراجح : إعطاء الزوج أو الزوجة الحق فى طلب التفريق لأى عيب يمنع من علاقة زوجية طبيعية ، فإكراه أحدهما على العيش مع الآخر يؤدى إلى نتائج وخيمة منها عدم العفة أو الانحراف وارتكاب ما نهى الله عنه .

فإذا كانت الزوجة مريضة بداء الفرج ، بالرتق أو القرن وما شابه ذلك ، فإنها لا تقدر على إشباع رغبة الزوج الجنسية ، وكذا لو كان الرجل مريضا بالعجز الجنسى ، بالعنة التامة أو النفسية أو ما شابه ذلك فإنه لا يستطيع إشباع رغبتها الجنسية ، بل إن العيوب الأخرى من الجذام والجنون والبرص وغيرها مما يترتب عليها تنفير النفس وإغلاق القلب وضمور المشاعر ، منع التفريق بها يؤدى إلى القضاء على التراجم والعلاقة الطيبة والمعاشرة بالمعروف ، بل قد يترتب على ذلك التعدى بالقول والفعل بالإضافة إلى الهجر ، وهذا مما تأباه شريعتنا الغراء . لذلك قرر مجمع الفقه الإسلامى فى دورته الثامنة ببروناى بأنه يجب على مريض فقد المناعة المكتسبة – الإيدز – إخبار الزوج الآخر بمرضه وأن يتعاون معه فى إجراءات الوقاية منه . وفى دورته التاسعة فى أبو ظبى أقر بحق الطرف السليم فى طلب الفرقة من الزوج المصاب بهذا المرض ، لأن هذا المرض من الأمراض المعدية وينتقل بالاتصال الجنسى مما يعرض حياة الزوج السليم للخطر . وهذا الحق يثبت على التراضى وليس على الفور ، فالتريث والتروى فى مثل هذه الأمور خير من التعجل ، فالإقدام عليه بعد ذلك قاطع للندم .

ما يأخذ به القضاء المصرى : كان القضاء المصرى يأخذ بالرأى الراجح من مذهب الحنفية وهو رأى الشيخين ، وخلاصته أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا من العيوب الثلاثة – العنة والجب والخصى – كان من حقها أن تطلب التفريق وتستجيب المحكمة لطلبها إذا توافرت الشروط الآتية :

١- أن يكون العيب موجودا بالزوج عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول ، أما إذا حدث العيب بعد الدخول فلا يثبت لها الخيار ، لأن حقها قد استوفته لاتصاله بها مرة واحدة وليس لها الحق فى مطالبته بذلك مرة أخرى .

٢- ألا تكون عالمة بالعيب عند انعقاد العقد ، وإذا علمت به يجب ألا ترضى به بعد علمها ، فعلمها بالعيب أو رضاها به صراحة أو دلالة يسقط خيارها .

٣- أن تكون بالغة ، فإن كانت صغيرة يجب الانتظار إلى أن تبلغ ، لاحتمال رضاها به على حالته بعد البلوغ .

ألا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع من المخالطة الجنسية كالرتق أو القرن أو الفعل أو الإفضاء ، فهذه الزوجة غير صالحة للمعاشرة الجنسية وبالتالى ليس لها حق فيها ، والزوج ليس بظالم فى هذه الحالة حتى يأمره القاضى برفع ظلمه عنها بالطلاق .

فإذا تأكد القاضى من توافر هذه الشروط الأربعة ، وثبت العيب بأى طريق من طرق الإثبات ، وكانت الزوجة قد تقدمت بطلب للتفريق ، فإن للقاضى أن يطلب من المجبوب تطليق امرأته فورا فإن امتنع قام القاضى بتطليقها نيابة عنه ، لأنه مخصص لرفع الضرر عن الناس .

وأما إن كان الزوج عنينا أو خصيا فإن للقاضى أن يمهله سنة ، فقد تعود إليه صحته وتزول هذه العلة الطارئة ، فالعام يتضمن فصولا أربعة ، وبعض الناس تنشط رغبته فى النساء فى فصل دون آخر ، فإذا انقضت السنة بفصولها دون تغير حالته واتصاله بزوجته ، اتضح للقاضى أن العيب مستحكما وليس طارئا ، وقد روى عن فقهاء الصحابة القول بهذا التأجيل [٣]. كعمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم .

الإجراءات التى يجب على القاضى اتباعها عند طلب التفريق والتأجيل :

إذا تقدمت المرأة بطلب للتفريق بينها وبين زوجها لأنه عنين أو خصى ، وادعت أنه لم يجامعها بسبب ذلك ، ينظر : إما أن

---

(٣) الشافعية : التأجيل فى العنة فقط ، المالكية : التأجيل فى الجنون والجذام والبرص سنة ، وفى الرتق والقرن إذا كان يرجى الشفاء منها فيتم التأجيل للمدة المقترحة من الطبيب وأما الجب والعنة والخصاء فلا تأجيل فيها عندهم لعدم رجاء الشفاء فى نظرهم ، وأما الحنفية والحنابلة : التأجيل فىالعنة والخصاء .

يعترف الزوج بصحة دعواها أو ينكر فإن اعترف بصحة ادعائها فإن القاضى يعطيه مهلة قضائية مدتها سنة ، فإذا انقضت وادعت المرأة أن زوجها لم يجامعها فى هذه المدة وصدق الزوج على ذلك ، طلب القاضى منه تطليقها فإن امتنع طلقها نيابة عنه .

وأما إن أنكر الزوج ادعاءها : ينظر القاضى فى حالتها ، فإما أن تكون بكرا أو ثيبا فإن كانت بكرا عند عقد النكاح : أمر القاضى بتعيين امرأة عادلة أو امرأتين معروفتين بالأمانة والثقة للكشف عليها ، فإن اتضح أنها ثيب بعد الكشف عليها فالقول فى هذه الحالة قوله مع حلفه لليمين أن بكارتها زالت بالمعاشرة الجنسية ، ولا يلتفت لادعائها أن بكارتها أزالها بغير المخالطة الجنسية كأصبعه مثلا ، فالظاهر يشهد له وقد طلب منه اليمين لتأكيده . وإن اتضح أن بكارتها لم تزل كما هى فإن القاضى يمهله سنة ، وبعد انقضائها : فإن استمرت فى ادعائها عدم المخالطة ، أمر القاضى بإعادة الكشف عليها ، فإن تبين له بشهادة الثقة أو الثقات أنها بكر أمره بتطليقها فإن امتنع طلقها القاضى نيابة عنه . وإن اتضح للقاضى زوال بكارتها فالقول قول الزوج مع يمينه ، فإن حلفها حكم القاضى برفض الدعوى ، وإن امتنع عن الحلف كان مصدقا لها بهذا النكول ، ويخيرها القاضى فى هذه الحالة بين بقاء الزوجية أو التفريق بينهما ، فإن اختارت التفريق أمره القاضى بتطليقها فإن امتنع طلقها نيابة

عنـه ، وإن أقـامت معـه بـدون إظهـار رغبتهـا اعتبرهـا القـاضى متنازلة عن دعواها .

وأما إن كانت ثيباً عنـد عقد النكـاح : فـالقول قولـه مـع حلفـه اليمين ، لأن الظاهر يشهد له ، فالأصل فى الإنسان السلامة مـن العيوب ، وعلى ذلـك إذا قـام بحلـف اليمين المطلوبـة منـه حكـم القاضى برفض دعواهـا ، وإن امتنـع عـن الحلـف ونكـل اعتبره القاضى مصدقا لادعائها ، ويمهله سنة كاملة ، فإذا أصرت علـى دعواها قضى لها بالتفريق وطلب منه تطليقهـا فـإن امتنـع طلقهـا واحدة نيابة عنه ، وطلاق القاضى فـى هـذه الحـالى طـلاق بـائن ويجب عليها العدة احتياطا ، كما يجـب لهـا جميـع المهـر المتفـق عليه فى العنة والخصاء باتفاق الأئمة الأربعة ، لأن التفريق وقع بعد الخلوة الصحيحة ، وأما إذا كان التفريق بسبب الجب فالإمـام يرى إعطائها جميع المهر أيضا وأما الصاحبان فيريان بإعطائهـا نصـف المهر فقـط ، لأن الخلـوة كـالدخول فـى العنـة والخصـاء لاحتمال اتصاله معها ، أما المجبوب فلا يتصور منه أبدا دخـول أو اتصال فلا تكون خلوته موجبة لجميع المهر .

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أضاف إلـى العيـوب السابقة عيوب أخـرى ، فأجـاز المشـرع فيـه طلـب التفريـق بكـل عيب منفر أو ضار وضرب أمثلة لهذه العيوب بـالجنون والجـذام والبرص ووضع لها شروطا وهى :

الشرط الأول : أن تكون من العيوب المستحكمة التى لا يرجى شفاؤها ، أو تحتاج إلى وقت طويل للشفاء منها أو لا يمكن لزوجته أن تعيش معه إلا بتحملها للضرر الناشىء من مرضه ، والقول الفصل فى ذلك لأهل الخبرة من الأطباء .

الشرط الثانى : ألا تكون المرأة عالمة بالعيب عند إبرام عقد النكاح ، وألا ترض به صراحة أو دلالة بعد علمها به ، فإذا طالبته بالإنفاق بعد حدوث العيب أو علمها به سقط حقها فى طلب التفريق للعيب . وقد اشتملت المواد التاسعة والعاشرة والحادية عشر : فنصت المادة التاسعة على أن : " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجت عالمة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة فلا يجوز التفريق " . ونصت المادة العاشرة على أن : " الفرقة لعيب طلاق بائن " . ونصت المادة الحادية عشر على أن : " يستعن بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها " . بالنظر فى هذا القانون نجد أنه منتقد ومشوب بالنقد للأمور الآتية : أولا : المشرع فى هذه المواد قد أعطى للزوجة الحق فى طلب التفريق من زوجها إذا كان مريضا بعيب من هذه العيوب التى تتنافى مع الغاية من الزواج وهى الاستقرار ، ولكنه تجاهل عيوبا أخطر من هذه العيوب

وهى العيوب التناسلية وهى التى كان التفريق قاصرا عليها ، بل إنها تلحق بالمرأة أبلغ الضرر وتكون سببا فى فسادها إلا من عصمها قوة إيمانها ، وقد يكون صمت المشرع مرده ما قاله بعض الفقهاء من أن حق المرأة فى الاتصال الجنسى قضاء يقتصر على مرة واحدة طيلة حياتها ؟ ولكن هذه المقولة لا تستند إلى دليل ، بل إن الآثار والعقل يدحض ذلك : فالرسول ﷺ قال لعبد الله بن عمرو بن العاص حينما اشتكته امرأته لانشغاله بالعبادة عنها : " إن لزوجك عليك حقا " . فالرسول لم يسألها عن معاشرته الجنسية لها قبل ذلك ، ولو كان حقها مقصورا على التقائه بها مرة واحدة لسألها الرسول عن ذلك ، أو لأفهمها أن ما تطلبه ليس من حقها لو عاشرها مرة واحدة ، فحق استمتاع المرأة بزوجها من الحقوق المستمرة طالما بقيت الحياة الزوجية ، ومن ذلك : أن المولى سبحانه وتعالى شرع الفرقة بالإيلاء ، ولم يقيد المولى هذه الفرقة أو لم يشترط عدم الاتصال بها جنسيا قبله ، ولو كان ذلك هو حقها لما أطلقه .

بل إن بعض الفقهاء أجاز للمرأة اللجوء للقضاء لطلب التفريق لغيبة زوجها ، خوفا من الفتنة وخشية من الوقوع فى الفاحشة ، ولم يقيدوا ذلك بعدم دخول سابق . لذا جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وأقرّ صراحة حق المرأة فى طلب التفريق إذا حبس زوجها لارتكابه جرما ما ، أو غاب عنها سنة أو أكثر وخشيت على نفسها من الفتنة أو الوقوع فى الزنا ، فإجازة المشرع للتفريق مع غيبة الزوج عن امرأته خوف الفتنة ، كان الأحرى

بـه أن يمنحهـا هذا الحق إذا عجز عن جماعهـا وهـو حــاضر معهـا ، لأن وجـوده معهـا دون معاشـرتها يكـون مصـدر لإثــارة الشهوة بشدة فى نفسها أكثر ممـا تثيره فـى حـال غيبتـه وابتعـاده عنها .

ثانيا : لم يضع المشرع مدة زمنية محددة يجوز للمرأة بعدهـا طلب التفريق فى المرض الذى يرجـى بـرؤ الـزوج وشـفائه منـه بعد مدة طويلة ، فقد تـرك المشـرع لأهل الخبرة تقدير ذلـك ، والخبراء قد يختلفون ، مما يؤدى إلى وقـوع القـاضى فـى حيرة من أمره ، وكان الأولى بالمشرع أن يطبق رأى فقهـاء الصحابـة فى ذلك فقد حددوا مدة زمنية لذلك ، فالعنين يعطـى مهلـة مدتهـا سنة ، وفقهاء المالكية يمهلون المجذوم والأبرص سنة أيضا ، إذا كان يرجى برؤه وشفاؤه من مرضه ، وعلى ذلك فقـد كـان علـى المشرع أن يضمن هذا القانون مادة ينص فيها : على أن للقاضى أن يمنح المريض عاما كاملا فى الأمـراض التـى يقـرر الخـبراء إمكان الشفاء منها فى مدة عام أو أقل منـه ، أمـا إذا كـانت المـدة أكثر من عام فيفرق بينهما فى الحال .

ثالثا : إهمال الزوج وعدم إعطائه حق الفسخ والاكتفـاء بحـق الطلاق الممنوح له من المولـى أخـذا بـرأى الحنفيـة ، ولكـن إذا أردنا تحقيق العدالـة والموازنـة بيـن مصلحـة الطرفيـن فـى عقـد النكاح ، لأخذنا برأى الجمهور الذى يرى إعطاءه الحق فى طلب فسخ العقد إذا وجد بزوجته مرضا يمنعه من مجامعتهـا وخاصـة

إذا كان هذا المرض موجودا عند العقد وغرر به ، لأن استخدامه لحقه في الطلاق يكلفه مبالغ كبيرة وخسارة مترتبة على أمر لا يد له فيه ، وإعطائه الحق في طلب الفسخ يعفيه من كل هذا ، وإلا [illegible] التدليس والتغرير والخداع ستكون لها اليد الطولى في الاستيلاء على مال الغير تحت عباءة عقد الزواج المشروع ، وأما العيوب اللاحقة للعقد فيدفع ضررها باستخدامه لحق الطلاق ، لأنها الطارئة التي [illegible] وعدم [illegible] المرأة كما يرى المالكية .

<u>نماذج من أحكام محكمة النقض في التفريق بالعيب :</u>

<u>**العيب المستحكم بالزوج :**</u>

حق الزوجة في طلب التفريق للعيب المستحكم في الزوج . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى الضرر .

مفاد نص المادتين ٩ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – يدل على أن المشرع توسع في العيوب التي تبيح للزوجة طلب الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهي عيوب العنة والجب والخصاء وإنما أباح لها طلب التفريق إن ثبت بالزوج أي عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وإن ما ورد ذكره من عيوب في

هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر وأنـه رأى الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام العيب ومدى الضرر الناجم عـن الإقامـة مـع وجـوده (نقـض ١٩٨١/٦/٢٣ طعـن ١٣ س ٥٠ ق) .

إجراء جراحـة للزوج تنفى عنـه عيب العنـة . إصابتـه فـى عيب آخر يتمثل فـى جعل الوقـاع شـاذا ويلحـق بالزوجـة آلامـا عضوية ونفسية . استقرار حالة العيـب بمـا يجعلـه مستحكما . انتفاء موجب التأجيل للحكم بالتطليق .

إذ كانت العملية الجراحيـة التـى أجريت للطـاعن وإن أصبـح معها قادرا على إتيان زوجته بما ينفى عنـه عيـب العنـة إلا أنهـا أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقـاع شـاذا لا يتحقـق بـه أحد مقصدى النكاح ويلحق بالزوجة آلاما عصبيـة وجنسية أبـان عنهـا الخبير المنتدب وكـان مـن شـأن هـذا التداخـل الجراحـى استقرار حالة العيب لدى الطـاعن ممـا يجعلـه عيبـا مستحكما لا يمكن البرء منـه وينتفـى موجـب التـأجيل الـذى اشـترطه الحنفيـة للحكم بالتطليق لعيب العنة (نقض ١٩٨١/٦/٢٣ طعن ١٣ س ٥٠ ق) .

انتهـاء الحكم صحيحـا إلـى ثبـوت قيـام العيـب المسـتحكم الموجب للتفريق . خطؤه فى وصف هذا العيـب بالعنـة . لا أثر له .

إذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق فليس بضائره بعد ذلك فى وصف هذا العيب بالعنة (نقض ١٩٨١/٦/٢٣ طعن ١٣ س ٥٠ ق) .

حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب المستحكم فى الزوج . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى الضرر .

مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى معها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان ، قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والخصاء ، وباق الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون وزاد على ما كان معمولا به وهو

التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ سالفة الذكر من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متحقق فيه الأوصاف التى أشارت إليها ، وما إذا كان مسوغا لطلب التطليق أولا . (نقض ١٩٧٧/١٢/١٤ طعن ٢٠ س ٤٦ ق) .

طلب الزوجة التطليق بسبب عنة الزوج . وجوب إمهال المحكمة للزوج مدة سنة لإمكان معاشرة زوجته . بدء سريان السنة من يوم الخصومة إلا فى حالات معينة لا يقدح فى ذلك عجز الزوج عن مباشرة زوجته مدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى .

إذا كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضي اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلا يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها ما زالت بكرا وأنه لم يصل إليها فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء

لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإجرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع ، ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لا يستطاع معه الوقاع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطب الشرعى أن المطعون عليها ما زالت بكرا تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة ، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجا عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إمهال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها . (نقض ١٩٧٧/١٢/١٤ طعن ٢٠ س ٤٦ ق) .

حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض مدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده .

مؤدى نص المادتين ٩ و ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . (نقض ١٩٧٦/٢/١١ طعن ١٣ س ٤٤ ق) .

حق الزوجة فى طلب التطليق بسبب العنة . وجوب الأخذ فيه بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية مناطه . عدم إمهال الحكم للزوج مدة سنة لإمكان مباشرة زوجته بدعوى أنه لم يصل إليها مدة أكثر من سنة سابقة على رفع الدعوى . خطأ .

إذا كانت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولا

به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ من هذا القانون من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشارت إليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك ، وما إذا كان مسوغا لطلب التطليق أولا وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة . فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض ، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم من الفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقا للمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . إذ كان ذلك ، وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وأنها لا زالت بكرا ، وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو

طبيعى كالإجرام والمرض فتبدأ من حين زوال المانع ولا يحسب من هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لا يستطاع معه الوقاع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه ، لما كان ما تقدم وكان البين من تقرير الطبيب الشرعى أن المطعون عليها ما زالت بكرا تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث معاشرة ، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها قد تنتج عن عوامل نفسية وعندئذ تكون مؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذا قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام عيب العنة النفسية به دون إمهال يكون قد خالف القانون ، لا يشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر أكثر من سنة قبل رفع الدعوى ، لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عقد الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها . (نقض ١٩٧٦/٢/١١ طعن ١٣ س ٤٤ ق) .

حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان استحكام المرض ومدى الضرر . المادتان ٩ و١١ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

مؤدى نص المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الرجل إن ثبت به عيب " مستحكم " لا يمكن البرء منه أصلا أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد . وتوسع القانون في العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك على شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . (نقض ١٩٧٥/١١/١٩ طعن ٨ س ٤٣ ق) .

إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة عند الحنفية . شرطه . ألا يكون زوجها قد وصل إليها في النكاح . العيب الحادث بعد الدخول . لا يثبت به خيار العيب . جواز التطليق خلافا لذلك - دون يمين على الزوج . م ٩ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

إذ كانت المذكرة الإيضاحية للقانون - رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ - قد أوضحت أن التفريق للعيب في الرجل قسمان . قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه

إلا بضرر ، وكان المقرر فى مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح ، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق ، لأن حقها إنما هو فى أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته ، وما زاد عن ذلك لا يؤثر به قضاء بل ديانة فإن ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيبا أو كانت من الأصل قاصر عندهم على العيب الذى يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأن هذا النوع الأخير لا يثبت به خيار العيب عندهم ، وعلى خلاف هذا المذهب أجازت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يمينا على الزوج ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسى طرأ بعد الدخول ، فإن تحليفه اليمين يكون فى غير موضعه . (نقض ١٩٧٥/١١/١٩ طعن ٨ س ٤٣ ق) .

الفصل الثانى

التفريق للضرر

الضرر هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ، وفيما يتعلق بالزوجة : إلحاق مفسدة فى بدنها أو نفسها أى إنزال الأذى بها بحيث لا تستقم معها العشرة الزوجية ، ومن أمثلة ذلك : ضربها ضربا مبرحا أو سبها بألفاظ جارحة ، أو إكراهها على فعل المحرم ، أو هجر فراش الزوجية لغير التأديب رغم إقامتهما معا فى منزل واحد أو بلدة واحدة ، أو أخذ مالها دون رضاها أو ما شابه ذلك .

فالضرر قد يكون بالفعل أو بالقول ، إيجابا أو سلبا ، لذا يكون من حق الزوجة طلب التفريق للضرر الواقع عليها . عند المالكى والشافعى فى قول ، وأحمد فى رواية ، والأوزاعى ، واستدلوا لرأيهم بالآتى :

أولا : قال تعالى : " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما حكيما " [٤]. فبتدقيق النظر فى هذه الآية يجد أن للمرأة حق طلب التفريق ، فالحكمين حاكمين أى يكون لهما الحكم بينهما أى يكون لهما الحق فى التفريق بينهما إذا تعذر الصلح والإصلاح بينهما ، ويؤيد ذلك أن عثمان بن عفان رضى

---

(٤) النساء آية " ٣٥ " .

الله عنه أرسل حكمين وقال لهما : إن رأيتما أن تفرقا ففرقا ، وروى أيضا أن عليا بن أبى طالب كرم الله وجهه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما : عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا . هذا بالإضافة إلى قول ابن عباس فقيه مكة فى الحكمين : فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز . ويؤيد ذلك أيضا أن المولى سبحانه قال : " حكما من أهله وحكما من أهلها " ، فحق إرسالهما وبعثهما لأهلهما وليس للزوجين ، فالحكمين ليسا مجرد وكيلين ، فلو أراد المولى ذلك لقال : فابعثوا وكيلا عنه ووكيلا عنها ولما قصر الإرسال على أهله وأهلها ، لأن الموكل من حقه أن يوكل غيره فى أى وقت يشاء .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أخذ بهذا الرأى : فنص على الآتى :

فقال فى المادة السادسة منه أنه : " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ . ومعلوم أن الزوجة لا تستطيع إثبات الضرر فى معظم الأحوال ، خاصة إذا كان الضرر نفسيا ، أو حدث داخل منزل

مغلق لذا اقترح فى المشروع الجديد الاكتفاء بشهادة الزوجة وحلف اليمين لإثبات الضرر كما يحدث فى القضايا الجنائية ، حيث يكتفى بشهادة المجنى عليه أمام المحكمة وحلفه اليمين . ونصت المادة السابعة على أنه : " يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمسكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما " .

ونصت المادة الثامنة على أن : " على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرّراها " .

ونصت المادة التاسعة على أنه : " إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قرّر التفريق بطلقة بائنة " .

ونصت المادة العاشرة على أنه : " إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما " .

ونصت المادة الحادية عشرة على أن : " على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه " . يتضح من هذه المواد : أن للقاضى أن يطلق المرأة طلقة بائنة إذا ادعت إساءة زوجها معاشرتها وأثبتت ذلك ، وعجز عن الإصلاح بينهما . ولكن إن عجزت عن إثبات

ادعائها رفض القاضى هذه الدعوى ، فإن تكررت شكواها قام بإرسال حكم من أهلها وحكم من أهله ليقوما بمهمة الإصلاح بينهما ، فإن لم يجد من يقوم بذلك من أهلهما أرسل حكمين خبيرين بحالتهما من غير أهلهما للقيام بهذه المهمة ، فإذا نجح الحكمان فى الإصلاح بينهما قدما تقرير للقاضى بذلك ، وإن فشلا فى ذلك قدما تقرير للقاضى بالتفريق بينهما بطلقة بائنة ليصدر حكمه بذلك ، ويستوى أن تكون الإساءة من الزوج أو من الزوجين أو لم يعرفا المتسبب فى ذلك ، هذا إذا اتفقا الحكمان فى ذلك ، أما إذا اختلفا فإن للقاضى أن يصدر أمرا بمعاودة البحث عن وسيلة للصلح مرة أخرى ، فإن استمر الخلاف بين الحكمين أصدر القاضى أمرا بتعيين حكمان آخران .

هذا القانون لم يحالفه التوفيق فى حالة واحدة ألا وهى : إهمال صورة من صور إساءة العشرة : إذا كانت الزوجة وحدها هى المتسببة فى ذلك ، فقد تركها المشرع عمدا لئلا يكون اعتبارها داعيا إلى إغراء المرأة المشاكسة لفصم عرى الزوجية بلا مبرر كما ورد فى المذكرة الإيضاحية . ولكن كان الأجدر بالمشرع أن يأخذ برأى مالك فى هذه المسألة ، بان يعطى الحكمين سلطة التفريق بينهما بالخلع ، لتعويض الأزواج الذين لا دخل لهم فى عرقلة مسيرة الحياة الزوجية ، هذا بالإضافة إلى إغلاق الباب فى وجه النساء المحترفات لجميع فنون الضرر والإضرار بأزواجهن لإجبارهن على الطلاق بدون عوض . هذا

مع ملاحظة أن المشرع لم يعط الحكمان سلطة التفريق بين الزوجين إذا عجزا عن الإصلاح بينهما كما يرى مالك ، وإنما أعطاها للقاضى بعد مناقشتها فيما توصلا إليه ويصدر الحكم بذلك ، وفى المشروع الذى أعدته وزارة العدل لإجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية : إلزام القاضى بالأخذ برأى الحكمان بالإصلاح أو التفريق على أن يكون ذلك خلال شهرين أو ثلاثة أشهر .

ويلزم التنويه إلى وجود اتجاه آخر فى فقهنا مخالف لرأى المالكية ومن معهم :

فالحنفية والشيعة الإمامية والشافعى فى قول وأحمد فى رواية : يقولون بعدم إعطاء المرأة الحق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها ، فالحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة ، ولكن من حقها أن تطلب من القاضى استدعاءه لتأديبه وزجره ليمتنع عن الإساءة لها ، أو تعزيره بما يراه مناسب ليرتدع عن مسلكه المشين إن دأب على الإساءة إلى زوجته ولم يمتنع ن ذلك ، فإن تخوف القاضى من حدوث شقاق بينهما لاحتدام النزاع واستمراره بينهما ، بعثا حكمان ليتوليا مهمة الإصلاح بينهما امتثالا للآية السابق (٥). الإشارة إليها ، فالمولى فى هذه الآية الكريمة حدد مهمة الحكمان بالإصلاح بينهما فقط ولم يعطهما سلطة التفريق عند العجز عن الإصلاح ، لأن التفريق من سلطة

---

(٥) النساء آية " ٣٥ " .

الزوج كما هو معلوم ، إلا إذا قام الزوج بتوكيلهما فى تطليقها .
والراجح : هو رأى المالكية ومن معهم لقوة أدلتهم .

التطليق للضرر : تقدير الضرر :

التطليق للضرر . مأخوذ عن المذهب المالكى . الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة . لمحكمة الموضوع تقدير أسبابه .

التطليق للضرر الذى تحمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مستقى من مذهب المالكية ، ولم يعرف المشرع المقصود بالأضرار المشار إليه فيها ، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وإذا كان المقرر أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه وكانت مضارة الزوج وفق هذا المذهب تتمثل فى كل إيذاء للزوجة بالقول أو الفعل بحيث تعد معاملة الرجل فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة أو لا تطيق الصبر عليها ، فهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحى متروك تعددها لقاضى الموضوع ، مناطها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة . (نقض ١٩٧٩/٢/٢١ طعن ١٩ س ٤٨ ق) .

إقامة الزوج دعوى بدخول الزوجة فى طاعته وأخرى بإسقاط حقها فى النفقة لنشوزها . لا يتحقق به الضرر الموجب للتفريق بينهما .

رفع الزوج دعوى بدخول زوجته فى طاعته ثم رفعه دعوى بنشوزها وإسقاط حقها فى النفقة إنما استعمال لحق خولته إياه الشريعة ، فلا يمكن أن يكون فيه مسيئا للزوجة بما يوجب التفريق بينهما . (نقض ١٩٧٩/٣/١٤ طعن ٥ س ٤٧ ق) .

الحكم بتطليق الزوجة للضرر راجعا الزوجة للضرر . وجوب أن يكون الضرر راجعا إلى فعل الزوج . إقامة الحكم قضاءه على استمرار الشقاق بين الزوجين دون معرفة المتسبب فيه . قصور .

مفاد المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه كى يحكم القاضى بالتطليق للضرر يتعين أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج ضد الزوجة ويتعين للقول بأن استمرار الشقاق مجلبة للضرر تبيح الزوجة طلب التطليق أن تبحث دواعيه ومعرفة المتسبب فيه ، وإذا أطلق الحكم القول واتخذ من استمرار الشقاق ومن إسكان الطاعن زوجته الأولى مسكن الزوجية بعد مغادرة المطعون عليها له سببا تحقق به الضرر الموجب للتطليق ، فإنه يكون قاصر التسبيب . (نقض ١٩٧٩/٤/١٤ طعن ٥ س ٤٧ ق) .

التطليق للضرر . وجوب أن يكون الإضرار مقصودا من الزوج سواء كان إيجابيا أو سلبيا .

الإضرار الذى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يشترط فيه أن يكون مقصودا من الزوج ومعتمدا سواء كان الإضرار إيجابيا وسلبيا . (نقض ١٩٧٩/٣/٢١ طعن ١٤ س ٤٧ ق) .

الإضرار الذى يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين . معياره شخصى . لمحكمة الموضوع سلطة تقديره . لا يشترط أن تكون الحالة ميؤسا منها .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر الذى يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين فى معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معيار شخصى وليس ماديا ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استخلص قيام حالة الشقاق بين الزوجين وأنه لا يرجى زوالها بأسباب مؤدية لها مأخذها واستقاها من فارق السن بينهما ومن مركزها الاجتماعى دون تحقق الضرر بإيذاء الزوج زوجته بالقول والفعل بما لا يليق بأمثالها وهو ما تستقل به محكمة الموضوع طالما كان استخلاصها سائغا . فإن ما يسوقه الطاعن من استلزام أن تكون الحالة ميؤسا منها لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير

الدليل غير مقبول . (نقض ١٠/٥/١٩٧٨ طعن ١٠٢ س ٤٦ ق) .

التطليق للضرر . الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين . معياره شخصى . لقاضى الموضوع تقديره .

المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن معايير الضرر فى معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شخصى لا مادى ، وتصويره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر موضوعى متروك لقاضى الموضوع ، وتختلف باختلاف بيئة الزوجية ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعى الذى بينهما وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العشرة لا يمكن أن تدوم بين الزوجين المتنازعين بعد أن وصل الأمر إلى حد اتهامها وأهلها بالسرقة وتعددت الخصومات القضائية بينهما ، فليس فيما خلص إليه الحكم ما يعاب . (نقض ١/١١/١٩٧٨ طعن ٢ س ٤٧ ق) .

الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين . م٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معياره شخصى . لقاضى الموضوع تقدير مداه .

متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض أقوال شهود الطرفين وقطع فى اطمئنانه إلى أقوال شاهدى المطعون عليها دون أقوال شاهدى الطاعن وأبان أن معيار الضرر المنصوص

عليه فى المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والذى لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين معيار شخصى وأن تقدير مداه يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، خلص مما أورده فى مقام التدليل على تحقيق هذا الضرر بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها إلى تحقق الضرر المدعى به وعدم إمكان استمرار المعاشرة الزوجية بين الطرفين . وكان ما أورده الحكم فى هذا الصدد يكفى لحمل قضائه فإنه لا يعيبه استطرده تزيدا فى تقريراته احتدام الخلف بين الزوجين بعد رفع دعوى الطلاق نتيجة تعدد نواحى الخصومة ، كما لا يعيبه عدم تعقبه ما أورده الطاعن من حجة مناهضة أخذ بها الحكم الابتدائى لأن قيام الحقيقة التى استخلصها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . (نقض ١٩٧٦/٣/٢٤ طعن ١٩ س ٤٤ ق) .

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج . بلا رقابة عليها من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة .

تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان

قضاؤها يقوم على أسباب سائغة ، (نقض ١٩/١١/١٩٧٥ طعن ٨ س ٤٣ ق) .

الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ويجيز التطليق . معياره . شخصى لا مادى .

النص فى المادة ١٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق " يدل على أن معيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ويجيز التطليق هو معيار شخصى لا مادى . (نقض ٢٩/٣/١٩٦٧ طعن ١٩ س ٣٥ ق) .

صور الضرر :

الهجر :

التطليق للضرر . . تراخى الزوج عمدا فى الدخول بزوجته والاستقرار فى حياة زوجية طوال أربع سنوات . ضرب من الهجر يتحقق به الضرر . نعلله بعدم وجود مسكن مناسب . لا أثر له . استئجاره مسكنا بعد تحقق الضرر . لا يحول دون الحكم بالتطليق .

إذ كان البين من تقريرات الحكم المطعون فيه أنه استقى من أقوال شاهدى المطعون عليها ومن أقوال أحد شاهدى الطاعن نفسه ، أنه على الرغم من مرور زهاء أربع سنوات على إبرام الزواج ، إلا أن الطاعن لم يدخل بها ، أو يمكنها فى الاستقرار فى حياة زوجية ، بما ترتب عليه ضرر محقق بها ، وأنه غير سائغ تعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب طيلة هذه السنين ، إذ هو أمر لا دخل لها فيه ، ومن واجبه توفير المسكن الشرعى ، وكان التراخى عمدا فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضربا من ضروب الهجر ، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر . ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة . وكان المناط بالتطليق بسبب الضرر هو وقوعه فعلا ، ولا يمنع من التطليق توقع زواله أو محاولة رأبه طالما قد صادف الضرر محله وحاق بالزوجة معقباته ، وكان الثابت من الأوراق أن زواج الطاعن بالمطعون عليها أبرم فى ١٩٧٢/٩/٢١ وأنها أقامت دعواها فى ١٩٧٥/١/١٨ فإنه لا يغنى الطاعن التذرع باستئجاره شقة بتاريخ ١٩٧٦/٢/١ أى فى تاريخ لاحق لتحقق الإضرار وشكوى الزوجة منه . (نقض ١٩٧٩/٣/٢١ طعن ١٤ س ٤٧ ق) .

طلب الزوجة التطليق تحقق الضرر بالإيذاء المتعمد بالقول أو الفعل أو هجر الزوج زوجته .

لما كان المعول عليه فى مذهب المالكية المتخذ مصدرا تشريعيا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء المتعمد سواء كان إيجابيا كالتعدى بالقول أو الفعل ، أو سلبيا كهجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية ، فإن ثبوت واقعة هجر الطاعن لزوجته المطعون ضدها فى الفراش تكفى وحدها للحكم بالتطليق ، وإذ توافرت للبينة المقدمة عليها شروط قبولها شرعا ، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحا فيما قضى به من تفريق بين الزوجين لهذا السبب . (نقض ١٩٨٠/٤/٢ طعن ١٥ س ٤٧ ق) وكون تعييبه فى سبب آخر غير منتج (نقض ١٩٨٠/٣/٥ طعن ٥١ س ٤٨ ق) .

عدم إعداد المسكن الشرعي :

دعوى التطليق ، ثبوت قيام الزوج بإعداد المسكن الشرعى لزوجته ، قضاء الحكم بالتطليق بدعوى أنه لم يعد المسكن الشرعى لها ، مخالفة الثابت بالأوراق .

قضاء الحكم المطعون فيه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن استنادا إلى أنه لم يقم بإعداد المسكن الشرعى لها ، رغم ما ثبت من أن الطاعن أعد مسكن الزوجية مستوفيا شرائطه الشرعية وأن زوجته المطعون ضدها تأبى الدخول فيه بعد دعوتها إليه ، فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة

الثابت بالأوراق مما مما يقتضى نقضه . (١٩٨٠/٣/١٩ طعن ١٢ س ٤٩ ق) .

توجيه الاتهامات :

حق التبليغ . أمر مباح لا يرتب مسئولية طالما كان معبرا عن واقع ، جواز اعتباره من قبيل الضرر الذى يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلا .

الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد وأن استعماله لا يمكن أن يرتب مسئولية طالما صدر معبرا عن الواقع حتى ولو كان الانتقام هو ما حفز إلى التبليغ لأن إقامة هذا الحق لا يتناف مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلا لاختلاف المجال الذى يدور فى فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثير أيهما على العلاقة بين الزوجين . (نقض ١٩٧٨/١١/١ طعن ٢ س ٤٧ ق) .

ادعاء الزوج فى دعوى التطليق ، بأن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به وحملت منه قبل الزواج . أمر لا يقتضيه حق الدفاع . وجوب القضاء بالتطليق لانطواء ذلك الادعاء على مضارة – لا يمكن معها استدامة العشرة الزوجية .

إذ كان الثابت فى الدعوى المطعون عليه – الزوج – قد بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريرا من مستشفى فيينا علق عليه بأن الطاعنة – زوجته – كانت حاملا منه قبل أن يعقد

عليها ، وانه أحبها ووقف منها موقف الرجولة ، لأنه كان فى استطاعته ألا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج فى مسكن واحد ، وذلك ردا على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج ، وقد تمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه فى حقها كان تنفيذا لوعيده أمام السفير المصرى بالنمسا أنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى بالطلاق ، وأن هذا يكفى بإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة . ولما كانت العبارات التى أوردها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع فى القضية التى رفعتها عليه الطاعنة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه . كما أن رغبته فى التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة ، لم يكن يستلزم أن يتهمها فى خلقها وعفتها مدعيا بأنها كانت على علاقة غير شرعية به ، وحملت منه قبل الزواج . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع فى الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . وإذ كان الموضوع صالح للفصل فيه ، وكان ما نسبه المطعون عليه إلى الطاعنة على الوجه المتقدم ينطوى على مضارة لا يمكن مع وجودها استدامة العشرة الزوجية بينهما ، فإنه يتعين القضاء بتطليق الطاعنة من

المطعون عليه طلقة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (نقض ١٩٧٤/٦/٥ طعن ١٦ س ٣٨ ق) .

الإيذاء :

التطليق للضرر . شرطه . أن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل . معيار الضرر شخصي . استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر .

المقرر في فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفى لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو لمرة واحدة ، وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن تعد بالفعل والقول وقع من جانب الطاعن على زوجته المطعون ضدها على مرأى ومسمع من شاهديها على النحو الثابت بأقوالهما وأن ذلك مما يتوافر به ركن الضرر المبرر للتطليق بالنظر إلى حالة المطعون ضدها وكونها زوجة على قدر من التعليم والثقافة وهى أسباب سائغة تكفى لحمله ، فإن

النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال يكون على غير أساس . (نقض ١٩٨١/٣/٣١ طعن ٢٧ س ٥٠ ق) .

التطليق للضرر . شرطه . أن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل . معيار الضرر شخصى . استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر .

إذا كان المقرر فى فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفى لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو لمرة واحدة ، وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتطليق المطعون عليها من الطاعن قد أقام قضاءه على ثبوت الضرر الحاصل من الإيذاء بالقول الفاحش ، وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكفى لحمل الحكم ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس . (نقض ١٩٨١/٣/٣١ طعن ٣٣ س ٥٠ ق) .

التطليق للضرر ، شرطه ، أن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل .

النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه : " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . . " يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن المقصود بالضرر فى هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها ، مما مفاده أنها اتخذت من حكم المادة المشار إليها أساسا لدعواها وجعلت من الإضرار سببا لطلب التفريق بينهما ، فيكون لها أن تستند إلى جميع صور سوء المعاملة التى تلقاها من الطاعن ولو لم تكن عددتها فى صحيفة الدعوى ، ومن ثم فإن شهادة شاهديها المتضمنة أن الطاعن قد اعتدى عليها بالضرب ، والذى لا مراء فى أنه من أبلغ صور الضرر الموجب للتطليق ، تكون موافقة للدعوى ويكون النعى فى هذا الصدد على غير أساس . (نقض ١٩٨١/٦/١٦ طعن ١٩ س ٥٠ ق) .

لتطليق للضرر ، كفاية اتفاق أقوال الشهود على إضرار الزوج بزوجته على وجه معين ، لا يشترط أن تنصب شهاداتهم على كل واقعة من وقائع الإضرار ، علة ذلك .

لئن كان المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الشارع وإن استمد حكم التطليق للضرر المنصوص عليه فى المادة السادسة من لمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من مذهب الإمام مالك إلا أنه لم يحل إليه بشأن التدليل على قيام الضرر ومن ثم وجب الرجوع فى هذا الخصوص إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهى توجب أن تكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين ، وإذ كان الأساس الذى تقوم عليه دعوى التطليق للضرر هو إضرار الزوج لزوجته وإساءته معاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، فإنه يكفى لاكتمال نصاب الشهادة فيها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه تتضرر منه ولا ترى معه الصبر والإقامة معه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء باعتبارها أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هى تمثل فى مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع . (نقض ١٩٨١/٦/١٦ طعن ١٩ س ٥٠ ق) .

التطليق للضرر شرطه أن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل . معيار الضرر شخصى .

مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية وأن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة . وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما ، ويقصد بالضرر فى هذا المجال إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها ، ومعيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ، ويجيز التطليق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو معيار شخصى لا مادى يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور فى المجتمع . (نقض ١٩٧٧/١١/٩ طعن ٥ س ٤٦ ق) .

حق الزوج فى تأديب زوجته بالضرب . لا يلجأ إليه إلا بعد سلوك طريق الموعظة الحسنة والهجر فى المضاجع . وجوب أن يتوقف عليه رجوع الزوجة عن نشوزها .لمحكمة الموضوع سلطة تقديره .

حق التأديب الشرعى المعبر عنه بالضرب فى الآية الكريمة : " واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى

المضاجع فغن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " ولا يلجأ إليه إلا بعد سلوك سبيل الموعظة الحسنة – والهجر في المضاجع باعتباره الوسيلة الثالثة والأخيرة للإصلاح ، والرأى فيه أن يقتصر مجاله حال انحراف البيئة وغلبة الأخلاق الفاسدة ، ولا يباح إلا إذا رأى الرجل أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه ، فهو منوط بالضرورة الأشد وأشبه بالحلال المكروه ، وتقديره بهذه المثابة متروك لقاضى الموضوع ، وإذا انتهى الحكم أن اعتداء الطاعن على المطعون عليها بالطريق العام وانفراط عقدها وتلويث ملابسها وتجمهر المارة حولها فيه تجاوز لحق التأديب الشرعى بمراعاة البيئة التى ينتمى إليها الخصمان المتداعيان ، فإن لا سلطان عليه فى ذلك طالما كان استخلاصه سائغا . (نقض ١٩٧٧/١١/٩ طعن ٥ س ٤٦ ق) .

طلب الزوج التطليق للضرر . ما هية الضرر . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل . التشهير بارتكاب الزوجة إحدى الجرائم . اعتباره إضرارا بها .

يشترط للحكم بالتطليق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ توافر وقوع الضرر أو الأذى من جانب الزوج دون الزوجة ، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما ، ولما كان الضرر هو ايذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ويدخل في ذلك التشهير بارتكاب إحدى الجرائم ، وكان البين أن محكمة الموضوع ذهبت إلى أن الطاعن تسرع فى

التبليغ ضد المطعون عليها بمقارفة جريمة الإجهاض وأنه لم تثبت من التحقيقات التى أجريت أنها كانت حاملا وتخلصت من حملها ، وأن تقرير مفتش الصحة لا يفيد الجزم بحدوث إجهاض لما قرره من أن الظواهر التى أسفر عنها الكشف توجد فى سائر السيدات اللاتى سبق لهن الولادة ، وأنه لم ينتج عن هذا التبليغ أية معقبات واستخلص من ذلك أن الطاعن كان يستهدف الإضرار بالمطعون عليها بحيث لا تدوم العشرة بينهما وكان لهذا القول مأخذه من الأوراق ، فإن هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغة ويكون النعى على الحكم على غير أساس .
(نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٤ س ٤٥ ق) .

إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة . شرطه . العنة النفسية . عدم اعتبارها إضرارا فى معنى لمادة ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

الإضرار لذى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده سواء كان ضررا إيجابيا من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل ، أو ضررا سلبيا يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهرا عنه ، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ " الأسرار " لا لضرر ، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع

من أنواع الإيذاء التى تمخض كلها فى أن للزوج مدخلا فيها وإرادة متحكمة فى اتخاذها . والعنة النفسية لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الإضرار فى معنى المادة السادسة سالفة الذكر لأن الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها بل هى تحصل رغما عنه وبغير إرادته . (نقض ١٩٧٥/١١/١٩ طعن ٨ س ٤٣ ق) .

الإتيان فى غير موضع الحرث :

إتيان الزوج زوجته فى غير موضع الحرث . ضرر لا تستقيم به الحياة الزوجية . وجوب التفريق عند ثبوته . م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

إتيان الزوج زوجته فى غير موضع الحرث يشكل ضررا لا تستقيم به الحياة الزوجية ويوجب التفريق عند ثبوته فى معنى المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهذا الفعل ينطوى على إضرار المطعون عليها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما . (نقض ١٩٧٦/١١/٢ طعن ١٩ س ٤٥ ق) .

لمحكمة الموضوع تقدير القواعد التدليلية لتقرير الخبير . حقها فى الجزم بما لم يقطع به طالما أن المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحث .

لمحكمة الموضوع كامل الحرية فى تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة فى الدعوى والجزم بما لم يقطع به

الخبير فى تقريره متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك وأكدته لديها وتستطيع بنفسها أن تشق طريقها لإبداء الرأى فيها طالما أن المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة ، وبالتالى فإن الحكم المطعون فيه يكون فى مطلق حقه إذ هو أدخل زمان تكرار الاستعمال ضمن الفترة التى استغرقتها الحياة الزوجية .
(نقض ١٩٧٦/١١/٣ طعن ١٩ س ٤٥ ق) .

تعييب الحكم لضرر لم يقم عليه قضاءه :

إقامة الحكم قضاءه بالتطليق على دعامتين مستقلتين هما للضرر الناشىء عن الإيذاء بالقول والفعل ، والضرر الناشىء عن الهجر لأكثر من سنة ، كفاية الدعامة الأولى لحمل قضائه ، تعييبه فى الأخرى غير منتج .

إقامة الحكم قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على دعامتين ، الضرر الناشىء عن الإيذاء بالقول بأن ضربها وسبها ، والضرر الناشىء عن هجره لها لأكثر من سنة رغم إقامتها فى بلد واحد ، وكلا من الدعامتين مستقلة عن الأخرى ، وكانت الدعامة الأولى تكفى وحدها لحمل قضائه ، فإن تعييبه فى الأخرى ، بفرض صحته ، يكون غير مؤثر فيه ، وبالتالى غير منتج . (نقض ١٩٨٠/٣/٥ طعن ٥١ س ٤٨ ق) .

تقدير الأدلة على توافر أو انتفاء الضرر :

ثبوت الواقعة المدعى بها أو عدم ثبوتها . استقلال محكمة

الموضوع به دون معقب . عدم التزامها بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق متى كان فيما قدم إليها ما يكفى لاقتناعها . مثال فى دعوى أحوال شخصية .

ثبوت الدعوى المدعى بها – وهى أن الزوجة تجنح للتبتل بالعنة النفسية أو عدم ثبوتها ، مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب ، وهى ليست ملزمة بإجابة طلب إجراء التحقيق متى كان فيما تقدم إليها ما يكفى لاقتناعها بما انتهت إليه من عدم قيام الدليل على صحة الواقعة المطلوب إثباتها . (نقض ١٩٧١/١٢/١ طعن ٢٥ س ٣٨ ق) .

إضافة طلب جديد أمام الاستئناف :

إقامة الزوجة دعواها بالتطليق للضرر . المادة ٦ م . ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . أضافتها أمام محكمة الاستئناف امتناع زوجها عن الإنفاق عليها . المواد ٤ و٥ و٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ يعد طلبا جديدا يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول . علة ذلك . النعى على الحكم بأنه أغفل الرد على طلب التطليق لعدم الإنفاق . غير منتج .

لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلقة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن

الإنفاق عليها بعد أن تزوجها ، يعد طلبا جديدا = يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول ، لأن الطلاق بسبب عدم الإنفاق يقع رجعيا ، وله أحكام مختلفة أوردتها المواد ٤ و٥ و٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف ، عملا بما تقضى به المادة ٣٢١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعوى الأصلية ، إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية وهى من المواد التى أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطليق لعدم الإنفاق يكون غير منتج . (نقض ١٩٧٤/٦/٥ طعن ١٦ س ٣٨ ق) .

<u>استناد المحكمة إلى صور أخرى للضرر :</u>

إقامة الزوجية دعواها بالتطليق للضرر . إيرادها بعض صور الضرر جواز إقامة محكمة الموضوع حكمها على صور أخرى تضمنتها وقائع الدعوى تتحقق بها المضارة .

إذ كان البين فى صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليها وإن ساقت فيها بعض صور سوء المعاملة التى تلقاها من الطاعن ، وضربت على ذلك أمثلة من قبيل الهجر والامتناع عن الإنفاق والإهانة على مسمع من الزملاء إلا أنها فى طلباتها الختامية اقتصرت على الحكم بتطليقها بائنا بالتطبيق لأحكام

المادة السادسة آنفة الإشارة ، مما مفاده أنها جعلت من الأضـرار سـببا للتفريـق بينهمـا ، ومـن ثـم فـلا تـثريب علـى محكمـة الموضـوع ، إن هـى ضربـت صفحـا عـن الأمثلـة التـى عددتهـا المطعون عليها طالما وجدت من وقائع الدعـوى عنـاصر يتحقـق بهـا المضـارة وفـق حكـم المـادة التـى أقيمـت الدعـوى بالاسـتناد إليها . (نقض ١٩٧٧/١١/٩ طعن ٥ س ٤٦ ق) .

مدى حجية الحكم الصادر برفض دعوى التطليق :

القضاء برفض التطليق للضـرر لعجز الزوجـة عن إثباتـه . م٦ ق ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ . دعواهـا الجديـدة بـالتطليق لـذات السبب . وجوب استنادها إلى وقائع مغايرة .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه إذا ادعت الزوجة على زوجهـا إضـراره بهـا وأقـامت دعـوى بتطليقهـا منـه ورفضـت دعواهـا لعجزهـا عـن إثبـات الضـرر ، فـإن مـن حقهـا أن ترفـع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضـرر على أن تستند فى ذلك إلى وقـائع مغـايرة لتلـك التـى رفعـت الدعـوى الأولى على أساسها . وإذ كان البين من الأوراق أن سند الطاعنة فـى طلـب التطليـق فـى الدعـوى الأولـى كـان قائمـا علـى أسـاس اعتـداء المطعـون عليـه الـذى أصابهـا بتليـف فـى إحـدى رئتيهـا ورفض طلبها المبنى على هذا السبب ، فإنه لا يجوز لها التـذرع بذات الواقعة طلبا للتطليق فى الدعوى المعروضـة ، وإذ انتهـى

الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون فى غير محله . (نقض ١٩٧٥/١١/٢٦ طعن ١٧ س ٤٢ ق) .

للزوجة حق رفع دعوى جديدة بالتطليق للضرر استنادها إلى وقائع استجدت بعد صدور الحكم الأول برفض التطليق القضاء برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . صحيح .

النص فى المادة " السادسة " من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر ، على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها . لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعن فيه أن الموضوع مختلف فى الدعويين ، لأن الدعوى الأولى رفعت عن الوقائع السابقة عليها ، أما الدعوى الماثلة فهى عن واقعة أخرى استجدت بعد صدور الحكم فى الدعوى الأولى إذ حدثت عند انصراف المطعون عليها عقب نظر الاستئناف المرفوع عن دعوى الطاعة ، ولما كان من حق المطعون عليها أن ترفع دعواها بالتطليق عن هذه الواقعة الجديدة لتدفع عن نفسها الضرر الذى ادعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم لذلك أن تكون مقيمة مع زوجها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى

برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون قد خالف القانون . (نقض ١٩٧٤/٢/٢٠ طعن ٤٦ س ٤٠ ق) .

يشترط أن يكون الضرر واقعا من الزوج دون الزوجة :

التطليق للضرر . شرطه . وقوع الضرر من الزوج دون الزوجة واستحالة العشرة بين أمثالهما . معيار الضرر شخصي لا مادي .

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه كي يحكم القاضي بالتطليق للضرر لابد من توافر أمرين : الأول أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج دون الزوجة ، والثاني أن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما ، والضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها ، بمعنى أن معيار الضرر هنا شخصي وليس ماديا . (نقض ١٩٧٥/١١/١٩ طعن ١٣ س ٤٣ ق ، انظر بند " طلب القيم " فيما يلي) .

يشترط عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين للتطليق للضرر :

الحكم بالتطليق طبقا للمادة ٦ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مناطه . أن يعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين مع توافر

شروط الضرر . عرض محكمة أول درجة الصلح ورفض الحاضر عن أحد الزوجين له . كاف لإثبات عجز المحكمة . لا محل لادعاء عرضه مرة أخرى فى الاستئناف .

إذ كان الشارع قد اشترط للحكم بالتطليق طبقا للمادة السادسة من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تثبت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما . وكان الثابت بمحضر جلسة ١٩٧٩/٦/٩ أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضه الحاضر عن المطعون ضدها ووافق عليه الطاعن وهو ما يكفى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ، دون حاجة لإعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه . وكان لا يغير من ذلك رفض محكمة أول درجة القضاء بالتطليق طالما أن الاستئناف وفقا لنص المادة ٣١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه ، بما لا يكون معه ثمة موجب لإعادة عرض الصلح من جديد أمام المحكمة الاستئنافية ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون على غير أساس . (نقض ١٩٨١/٣/٣١ طعن ٢٧ س ٥٠ ق) .

التطليق للضرر . م ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . عدم وجوب مثول الزوجين بشخصيهما عند محاولة التوفيق .

المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تشترط للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين جاءت خلوا من وجوب مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة عند محاولة الإصلاح بينهما ، وإذ كان البين من صورة محضر الجلسة أمام محكمة الاستئناف أن المطعون عليها حضرت بشخصها ورفضت الصلح وحضر وكيل الطاعن ، كان ذلك كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين . (نقض ١٩٧٩/٣/١٤ طعن ١٦ س ٤٧ ق) .

التطليق للضرر . م٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . عرض المحكمة الصلح على الزوجين ورفضه من جانب أحدهما . كفاية ذلك لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما .

البين من مدونات الحكم الابتدائى أن المحكمة بجلسة . . . . عرضت الصلح على الطرفين فقبله الزوج وأبته الزوجة ، وفى هذا ما يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما على ما تشترطه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . (نقض ١٩٧٩/٣/٢١ طعن ١٤ س ٤٧ ق) .

التطليق للضرر ، التفويض مفاده أيضا التفويض برفضه ، رفض وكيل الزوجة للصلح المفوض فيه ، كفاية ذلك لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

التفويض فى الصلح فى دعوى التطليق للضرر ، يستتبع التفويض برفضه ، مما مفاده أن رفض وكيل المطعون عليها للصلح المفوض فيه يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بأنه اعتد بالرفض بدون توكيل خاص على غير أساس . (نقض ١٩٨٠/٣/٥ طعن ٤٧ س ٤٨ ق ، نقض ١٩٨٠/١٢/٢٣ طعن ٤٥ س ٤٨ ق) .

التطليق للضرر . حضور وكيل مفوض فى الصلح عن كل زوج أمام محكمة درجة . رفض الصلح من أحدهما كفاية ذلك لإثبات عجز المحكمة عن بين الزوجين . لا محل لإعادة عرض الصلح أمام محكمة الاستئناف .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يشترط لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين وفقا لنص المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مثولهما بشخصيهما أمامها وإنما يكفى حضور الوكيلين المفوضين بالصلح عنهما ورفض أحدهما للصلح وإذ كان البين من مدونات الحكم أن وكيل الطاعنة المفوض بالصلح حضر عنها أمام محكمة أول درجة وقرر برفضها الصلح فإن ذلك يكفى لإثبات عجز المحكمة عن

الإصلاح بين الزوجين دون حاجة لإعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه .
(نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ طعن ١١ س ٤٧ ق) .

التطليق للضرر . شرطه . ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . مثال بشأن عجز المحكمة عن الإصلاح .

النص فى المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . . " يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق فى هذه الحالة ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ولما كان البين من الحكم المطعون فيه ومن محضر جلسة ١٩٧٤/٢/١٠ أمام محكمة أول درجة أن الطاعن استأجل الدعوى للصلح فأجابته المحكمة إلى طلبيه وفى الجلسة التالية أنكرت المطعون عليها قوله وأصرت على طالب الطلاق ، ومضى الطاعن فى دفاعه طالبا رفض الدعوى ، فإن هذا يكفى فى ثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين
(نقض ١٩٧٦/١١/٣ طعن ١٩ س ٤٥ ق) .

مهمة الحكمين :

مهمة الحكمين فى دعوى التطليق للضرر . بيانها . الإساءة من الزوجة دون الزوج للتفريق بينهما . اتفاق الحكمين على رأى معين . وجوب تنفيذ القاضى لما قرره ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه .

النص فى المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأن " على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها " وفى المادة التاسعة بأنه " إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منها أو جهلا الحال قررا التفريق بطلقة بائنة " وفى المادة الحادية عشرة بأنه " على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه " يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا إلى أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها ، وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو من الزوجين معا أو جهل الحال بأن غم عليهما سويا الوقوف على أى من الزوجين كانت منه الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة ، أما إذا كانت الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون هناك تفريق تجنبا – طبقا لما جاء بالمذكرة الإيضاحية – لأسباب إغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا

مبرر .وهذه الأحكام - فيما عدا كون الإساءة من الزوجة - مستمدة من فقه المالكية ومن المنصوص عليه فيه أنه إذا اتفق الحكمان على رأى رفعاه إلى القاضى الذى عليه أن ينفذ ما قرراه دون معارضة أو مناقضة ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه . (نقض ١٩٧٥/١١/٢٦ طعن ١٧ س ٤٢ ق) .

خلو تقرير الحكمين من نسبة إساءة ما إلى الزوج . تقريرهما بأنهما فشلا فى إقناع الزوجة بالعدول على طلب الطلاق واجتماع رأيهما على أن الإساءة من جانبها . عدم اعتباره مجهلا للحال . رفض الدعوى بالتطليق فى هذه الحالة . لا خطأ .

متى كان ما قرره الحكم يتفق ومنطق تقرير الحكمين الذى لم ينسبا فيه إساءة ما إلى الزوج المطعون عليه فى ذات الوقت الذى قررا فيه فشلهما فى إقناع الطاعنة فى استجابة طلبهما العدول عن إصرارها فى فك عروة الزوجية رعاية لأبنائهما ، وبهذه المثابة يكون ما خلص إليه الحكمان مجهلا للحال لأن رأيهما قد اجتمع على التعرف على المسىء من الزوجين وأنه من الطاعنة دون المطعون عليه ، وكانت الإساءة من الزوجة وحدها لا تبرر التفريق ، فإن قضاء الحكم برفض الدعوى لا مخالفة فيه للقانون . (نقض ١٩٧٥/١١/٢٦ طعن ١٧ س ٤٢ ق) .

مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة فى دعوى التطليق . غير واجب . ثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين . يكفى فيه حضور الوكيلين المفوضين بالصلح عنهما ورفض أحدهما للصلح .

المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، جاءت خلوا من وجوب مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة ، وإذ كان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة أول أبريل سنة ١٩٧٠ أمام محكمة أول درجة أن كلا من الطاعن والمطعون عليه قد أناب عنه وكيلا مفوضا بالصلح وأن وكيل المطعون عليها رفضه على حين قبله وكيل الطاعن ، فإن ذلك يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين . (نقض ١٩٧٥/٢/١٢ طعن ١٨ س ٤١ ق) .

مناط اتخاذ إجراءات التحكيم فى دعوى الطلاق . المواد ٧ - ١١ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . أن تكون دعوى التطليق دعوى ثابتة سبقتها دعوى أولى بطلب التطليق للضرر ولم يثبت للمحكمة فى الدعويين للضرر المدعى به .

نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يدل على أن المشرع رأى أن الزوجة إذا ادعت على زوجها إضراره بها بأى نوع من

أنواع الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ومن هما فى طبقتهما وطلبت من القاضى تطليقها منه ، وثبت الضرر الذى ادعته ولم يفلح القاضى فى التوفيق بينهما طلقها منه وإن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفض مدعاها فإذا جاءت مكررة شكواها طالبة التطليق للإضرار ولم يثبت للمرة الثانية ما تشكو منه كان على القاضى أن يعين الحكمين بمعنى أن مناط اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من ٧ - ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تكون الدعوى المقامة للتطليق هى دعوى ثانية سبقتها دعوى أولى بطلب التطليق للضرر ولم يثبت للمحكمة فى الدعويين هذا الضرر المدعى . (نقض ١٩٧٥/٥/٢٨ طعن ١٣ س ٤٢ ق) .

اختيار المحكمة للمحكمين فى دعوى التطليق للضرر . مناطه وشرطه .

نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين إن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما . ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه ، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه هذا النص أنه إذا لم يكن فى الأهل أحد يوصف بما يستحق به

التحكيم أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما ، فيختار من هو عدل من غيرهما من المسامين ، مما مؤداه أنه لا يشترط أن يكون للحكمين المنتدبين من غير دائرة الأقارب اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطعان به التوفيق بين الزوجين . لما كان ذلك . وكان البين من الاطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما ، غير أن حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة فقامت المحكمة بندب آخرين أجنبيين ، وكان لم يوجه أى مطعن إلى عدالتهما ، فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع الإسلامى . (نقض ١٩٧٥/٥/٢٨ طعن ١٣ س ٤٢ ق) .

الحكمان فى دعوى التطليق للضرر . طريقهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة . اتفاقهما فى الرأى . وجوب إمضاء الحاكم دون معقب .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة وأنه إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاءه دون تعقيب . (نقض ١٩٧٥/٥/٢٨ طعن ١٣ س ٤٢ ق) .

إقامة الزوجة دعوى جديدة بالتطليق للضرر . عجزها عن إثبات ما تشكو منه . وجوب أن يبعث القاضى حكمين . إلغاء محكمة الاستئناف قضاء محكمة أول درجة بالتطليق لعدم

اطمئنانها لشهود الزوجة ، ثم مضيها فى نظر الدعوى والقضاء ببعث الحكمين . لا عيب .

مفاد نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه إذا كررت الزوجة شكواها طالبة التطليق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها بالتفريق ولم تثبت ما تشكو منه ، فإنه يتعين أن يبعث القاضى حكمين على النحو المبين بالمواد من ٧ إلى ١١ من القانون المذكور ، وهو حكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين . ولما كان الثابت أن المطعون عليها أقامت دعواها الأولى طالبة التطليق للضرر ، وقضى برفضها نهائيا لعجزها عن الإثبات ثم أقامت دعواها الحالية بنفس الطلبات وقضى فيها ابتدائيا بالتطليق ، ولما كانت محكمة الاستئناف بعد أن ألغت حكم محكمة أول درجة بالتطليق – لعدم الاطمئنان إلى أقوال شهود المطعون عليها – قد مضت فى نظر الدعوى وقضت ببعث الحكمين لما يوجبه القانون على النحو سالف البيان ، فإن النعى على الحكم يكون فى غير محله . (نقض ١٩٧٤/٢/٢٠ طعن ٤٦ س ٤٠ ق) .

الأحكام الخاصة ببعث القاضى حكمين ، مستمدة من فقه المالكية . الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة التقرير بجهل الحال والتفريق بين الزوجين . متروك للحكمين . استخلاص الحكم جهل الحال من اختلاف الحكمين والقضاء بالتطليق . خطأ .

مؤدى نصوص المواد الثامنة والتاسعة والعاشرة والحادية عشر من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو الزوجين معا أو جهل الحال ولم يعرف من أى جانب كانت الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة ، وإذا اختلفا الحكمان أمرهم القاضى بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، وعلى الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقرران ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه . وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية ، ومن المنصوص عليه فيه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ولو كانا من جهة الزوجين لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم ، فإن اتفق الحكمان نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه ، وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر ، فلا يكون هناك فراق لأن إلى كل واحد منهما ما إلى صاحبه باجتماعهما عليه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الحكمين الآخرين ، كسابقيهما اختلفا ولم يقررا بجهل الحال ، وكان يتعين إزاء اختلافهما أن تكلفهما المحكمة بمعاودة البحث تطبيقا لحكم المادة العاشرة من القانون ، وإذا استنتج الحكم جهل الحال من اختلاف الحكمين ، وقضى بتطليق المطعون عليها مع أن المشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال وبالتفريق بين الزوجين تبعا لذلك ، على أن يحكم

القاضى بالتطليق حسبما قرراه عملا بحكم المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون ، لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (نقض ١٩٧٤/٢/٢٠ طعن ٤٦ س ٤٠ ق) .

طلب القيم على الزوج التطليق للضرر :

القضاء بالتطليق استنادا إلى إساءة الزوجة إلى زوجها المحجور عليه العته . عم جواز المجادلة أمام محكمة النقض فى تقدير محكمة الموضوع لأقوال الشهود التى استندت إليها فى استخلاص موضوعى سائغ .

إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بالتطليق إلى إساءة الطاعنة إلى زوجها المحجور عليه للعته واعتدائها عليه إلى أقوال شاهدى المطعون عليه والتى سلمت من أى مطعن يردها أو يضعف الثقة فيها وكان هذا من الحكم استخلاصا موضوعيا سائغا له مأخذه من الأوراق . ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ومتروك لتقديرها مما لا يجوز الجدل أمام محكمة النقض . (نقض ١٩٧٧/١/١٢ طعن ٣٨ س ٤٥ ق) .

الضرر اللاحق لرفع دعوى التطليق :

التطليق للضرر . جزاء إقامة الحكم قضاءه على وقائع لاحقة لرفع الدعوى .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع أن تستند إلى وقائع سبقت رفع الدعوى أو استجدت بعدها لإثبات التطليق لما تنم عنه من استمرار الخلاف الزوجي واتساع هوته بما لا يستطاع معه الإبقاء على الحياة الزوجية ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من أن الحكم أقام قضاءه على سند من وقائع لاحقة لرفع الدعوى يكون على غير أساس . (نقض ١٩٧٨/١١/١ طعن ٢ س ٤٧ ق) .

انتفاء الارتباط بين دعوى التطليق ودعوى الطاعة :

امتناع الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها لعدم إيفائها عاجل صداقتها . القضاء بتطليقها منه للضرر المتبين فى هجره إياها . صحيح . إبداء الزوج رغبته فى دفع عاجل الصداق أمام المحكمة لا أثر له .

إذ كان الدافع فى الدعوى أن المطعون عليها أقامتها طالبة التطليق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه المؤيد له أيتهما مبينا قضاءهما بالتطليق لهذا السبب

على سند مما لحقها من مضارة مردها إلى تعود الطاعنة عدم إيفائها معجل صداقها رغم أنه مثبت بالعقد بقاءه فى ذمته ، ورغم الأداء بذلك عند استجوابه أمام محكمة أول درجة ثم فى صحيفة الاستئناف وأنه بذلك قد تركها معلقة رغم أنها شابة يخشى عليها من الفتنة ، وأنه لو كان يريدها حقا لبادر برفع الصداق المستحق لها ، وفاء من هذا الزوج لزوجته من أشد ضروب الضرر الذى ينال منها سواء كان ناجما عن فعل إيجابية منه أو فعل سلبى بالامتناع عن الوفاء بالتزاماته نحوها . فيكون واقعا بسبب منه لا منها وكان لا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من إبداء استعداده أمام محكمة الموضوع لدفع معجل صداق جديد رغم ادعائه لسداده الحال منه المثبت فى وثيقة الزواج خلافا لما انتهى إليه الحكم لأن المناط فى التطبيق بسبب الضرر هو تحقق وقوعه ، ولا يمنع منه زواله أو محاولة محوه طالما قد وقع فعلا . (نقض ١٩٧٩/٢/٢١ طعن ١٩ س ٤٨ ق) .

إقامة الزوج دعوى طاعة . لا تمنع من نظر دعوى التطليق للضرر التى تقيمها الزوجة اختلافهما موضوعا وسببا .

من المقرر أن دعوى التطليق للضرر تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى الطاعة ، ولا يمنع إقامتها من نظر دعوى التطليق . (نقض ١٩٧٩/٢/٢١ طعن ١٩ س ٤٨ ق) .

الحكم بدخول الزوجة فى طاعة زوجها لا ينفى ما تدعيه الزوجة من ضرر فى دعوى التطليق . علة ذلك .

المقرر فى هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف عن دعوى التطليق للضرر ، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة فى منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، ومن ثم فإن الحكم الصادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من النظر فى دعوى التطليق ، لاختلاف الموضوع فى كل منهما ولا يسوغ القول بأن الحكم بدخول المطعون عليها فى طاعة زوجها حاسم فى نفى ما تدعيه من مضارة حتى ولو كانت قد ساقت بعضها فى دعوى التطليق تبعا لتغاير الموضوع فى كل من الدعويين على ما سلف بيانه . (نقض ١٩٧٩/٣/١٤ طعن ٥ س ٤٧ ق) .

اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطليق موضوعا وسببا . النشوز لا يعد مانعا من نظر دعوى الزوجة بالتطليق . التفات محكمة الموضوع عن دلالة حكم الطاعة فى دعوى التطليق . لا خطأ .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر ، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها ، لما

كان ذلك فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع إذ هى رفضت الاستجابة لطلب الطاعن - الزوج - تقديم حكم الطاعة وأبت التعويل على دلالتها لاختلاف المناط فى كل منهما . (نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٤ س ٤٥ ق) .

اختلاف دعوى التطليق للضرر من دعوى الطاعة سببا وموضوعا . جواز الاستدلال فى بحث الضرر بما تبين من وقائع متصلة به فى دعوى الطاعة . علة ذلك .

لئن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف فى موضوعها وفى سببها عن دعوى التطليق للضرر بحيث لا يمنع الحكم الصادر فى دعوى الطاعة من جواز النظر فى دعوى التطليق لاختلاف المناط فى كل منهما ، إلا أنه لا تثريب على محكمة الموضوع وهى بصدد بحث الضرر فى دعوى التطليق أن تستعين بما تبين لها من وقائع متصلة به فى دعوى الطاعة وإذ كان أساس الدعوى الماثلة هو طلب الطاعن تطليق المطعون عليها للضرر واستحكام النفور بسبب هجره اياها ، وكان الحكم المطعون فيه وهو بسبيل تقصى دواعى الهجر قد استدل بما ثبت فى دعوى الطاعة من أن مرده إلى إخلال الطاعن بواجبه وتقاعسه عن إعداد المسكن الشرعى ، وكان ذلك من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يقتنع به ما دام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن

تؤدى إلى النتيجة التى ينتهى إليها . (نقض ١٩٧٥/١١/٥ طعن ١٠ س ٤٣ ق) .

اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطليق للضرر سببا وموضوعا . الحكم فى الدعوى الأولى لا يمنع من نظر الدعوى الثانية .

دعوى الطاعة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تختلف فى موضوعها وفى سببها عن دعوى التطليق للضرر، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والاستقرار فى منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، ومن ثم فإن الحكم الصادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من دعوى التطليق وجواز نظرها لاختلاف المناط فى كل منهما . (نقض ١٩٧١/١١/١٧ طعن ٢٦ س ٣٨ ق) .

دعوى التطليق للضرر . مخالفة موضوعها وسببها لدعوى الطاعة . الحكم فى دعوى الطاعة لا يمنع من نظر دعوى التطليق . القضاء بالتطليق . رفض ضمنى للدفع بعدم جواز نظر الدعوى .

تختلف دعوى الطاعة فى موضوعها وفى سببها عن دعوى التطليق للضرر ، إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية ، بينما تقوم

الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، ومن ثم فإن الحكم الصادر من دعوى الطاعة لا يمنع من دعوى التطليق وجواز نظرها لاختلاف المناط فى كل منهما ، وإذ لم يعول الحكم المطعون فيه على الدفع بعدم جواز نظر دعوى الطلاق لسبق الفصل فيها بالحكم الصادر فى دعوى الطاعة فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ، وقضاؤه بالتطليق رفضا ضمنيا لهذا الدفع . (نقض ١٩٦٧/٣/٢٩ طعن ١٩ س ٣٥ ق) .

النشوز . عدم اعتباره مانعا من نظر دعوى التطليق .

النشوز لا يمنع من نظر دعوى التطليق . (نقض ١٩٦٧/٣/٢٩ طعن ١٩ س ٣٥ ق) .

الدليل على الضرر :

دعوى التطليق للضرر ، وجوب الرجوع فى إثباتها إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، إثبات الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

لما كان المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية ، وإن استمدت أحكامها فيما يتعلق بدعوى التطليق للضرر من مذهب الإمام مالك ، إلا أنها إذ لم تتضمن قواعد خاصة بطرق إثبات عناصرها ، فيتعين الرجوع فى شأنها

إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، ومن ثم يتعين لثبوت الضرر الموجب للتطليق قيام البينة عليه من رجلين أو رجل وامرأتين . (نقض ١٩٨٠/٤/٢ طعن ١٥ س ٤٧ ق) .

(وانظر نقض ١٩٨١/٦/١٦ بند " الإيذاء " فيما تقدم) .

القضاء بالتطليق للضرر على أساس من البينة الشرعية . دعامة كافية لحمل قضاء الحكم . لا تثريب على المحكمة إضافتها لوقائع استجدت بعد رفع الدعوى للتدليل على استمرار الخلاف بين الزوجين .

لما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس من البينة الشرعية ، وكانت هذه الدعامة وحدها كافية لحمل الحكم استنادا إلى توجيه ألفاظ سباب إلى المطعون عليها وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا تثريب على محكمة الموضوع إذا هى استندت إلى وقائع سبقت رفع الدعوى أو استجدت بعدها لإثبات التطليق للضرر لما تنم عنه من استمرار الخلاف بين الزوجين واتساع هوته بما لا يستطاع معه الإبقاء على الحياة الزوجية فإن ما يثيره الطاعن بسبب النعى – من أن الحكم أقام قضاءه بالتطليق استنادا إلى

وقائع لاحقة لتاريخ رفع الدعوى – يكون على غير أساس .
(نقض ١٩٧٥/٢/١٢ طعن ١٨ س ٤١ ق) .

الحكم بإثبات الطلاق بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية . إيراده تقريرات مخالفة . لا عيب .

إذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إثبات الطلاق ، وكان ما خلص إليه في هذا الشأن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يعيبه ما أورده من تقريرات مخالفا أيا كان وجه الرأي فيها . (نقض ١٩٧٥/١١/٥ طعن ١٧ س ٤٣ ق) .

اجتماع كلمة الشاهدين على ألفاظ سباب معينة في زمان ومكان واحد . اختلافهما في بيان مظاهر الانفعال أو في أشخاص . الحضور بمجلس السباب . لا أثر له . علة ذلك .

المقرر في فقه الحنفية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الشهادة فيما هو قول محض وفيما يستوى فيه لفظ الإنشاء ولفظ الإخبار ، لا يضرها ولا يبطلها ولا يمنع من قبولها الاختلاف الحاصل بين الشهادتين ، لأن القول ما يعاد ويكرر ولأنهما لم يكلفا حفظ ذلك . وإذ ذهب الحكم إلى أن شاهدى المطعون عليها قد اجتمعت كلمتهما على أن الطاعن وجه إليها ألفاظ سباب معينة في زمان ومكان واحد ، واعتبر أن هذه الواقعة تشكل مضارة موجبة للتطليق ، فإنه لا يوهن منها اختلافهما في بيان مظاهر الانفعال التي انطبعت آثاره على

المطعون عليها أو فى أشخاص الحضور بمجلس السباب . (نقض ١٩٧٥/١١/١٢ طعن ١٢ س ٤٣ ق) .

لا تجوز الشهادة السماعية كدليل على الضرر : راجع إثبات : البينة الشرعية : " الشهادة بالتسامع " .

<u>استخلاص الضرر :</u>

استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر دون رقابة متى استندت إلى أدلة مقبولة .

إذ كانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير عناصر الضرر دون رقابة محكمة النقض ما دامت استندت إلى أدلة مقبولة ، وكانت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية لم تتخذ من واقعة الاتهام بالزنا عنصرا ، فإن محاولة الطاعن الاستعانة به للتذرع بأن ألفاظ السباب الموجهة لا تكفى لإثبات الضرر ولا تسوغ التفريق لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير أسباب الضرر مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة ويكون النعى على الحكم الفساد فى الاستدلال غير وارد . (نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٤ س ٤٥ ق) .

<u>إغفال بحث الضرر :</u>

إقامة دعوى التطليق على سببين . جنون الزوج وإضراره بالزوجة . نفى الحكم للجنون وإغفاله بحث الضرر المدعى

به . قصور .

إذ كان يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطاعنة أقامت دعواها بطلب التطليق من زوجها المطعون ضده على سببين ، أولهما جنونه وثانيهما إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعنة مكتفيا ببحث ما ادعته الزوجة من جنون الزوج ولم يعرض لما ادعته من إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإنه يكون قاصرا بما يوجب نقضه . (نقض ١٩٧٠/١١/٤ طعن ٢٣ س ٣٩ ق) .

<u>التنازل الضمنى عن دعوى التطليق :</u>

النزول الضمنى عن الحق فى إقامة دعوى التطليق للضرر . قيامه على واقع . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع – بنزول المطعون عليها ضمنا عن الحق فى إقامة دعواها بالتطليق للضرر – فليس له أن يثيره أول مرة أمام محكمة النقض لقيامه على واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع . (نقض ١٩٧٥/١١/١٢ طعن ١٢ س ٤٣ ق) .

نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى للضرر : انظر " الطلاق البائن " فيما يلى :

الطلاق :

إسناد الزوج وقوع الطلاق إلى زمن ماضى . اعتباره إنشاءا للطلاق وليس إخبارا عنه . علة ذلك .

المقرر فى فقه الحنفية أن إسناد الطلاق فى زمن مـاضى يقـع من الزوج إذا كان أهلا لإيقاعه وقت إنشـائه متـى كـانت المـرأة محلا له فى ذلك الوقت الذى أضيف إليه ، ويعتبر إنشاءا للطلاق وليس إخبـارا عنـه لأن الـزوج إذ لا يمكنـه إنشـاء الطــلاق فــى المــاضى فقـد أمكـن اعتبـاره تنجـيزا فــى الحــال . (نقــض ١٩٧٧/٥/٢٥ طعن ٢٩ س ٤٥ ق) .

الفصل الثالث

التفريق لعدم الإنفاق

من الواجبات الملقاة على عاتق الزوج : الإنفاق على زوجته ، فالنفقة حق للزوجة ، بمجرد العقد عليها عند الظاهرية ، أو بالدخول والتمكين كما يرى جانب من الفقه ، فإذا لم ينفذ الزوج هذا الواجب لإعساره أو لغيبته ننظر : إن كان له مال ظاهر وموجود ومعروف أو عند شخص آخر واستطاعت الزوجة إثبات ذلك ، لم يكن لهذه الزوجة الحق فى طلب التفريق للإعسار أو لعدم الإنفاق ، لأنها تستطيع الحصول على نفقتها من ماله .

أما إذا لم يعلم له مال فى أى مكان أو عند أى شخص ولم تتمكن من الحصول على نفقتها لعسره أو لغيبته أو لامتناعه عن الإنفاق مع قدرته : فقد اختلف الفقهاء فى إعطاء المرأة حق طلب التفريق لذلك على النحو الآتى :

أولا : يرى جمهور الفقهاء - مالك والشافعى وأحمد - إعطاءها هذا الحق ويجب على القاضى أن يجيبها لما تطلب ويفرق بينها وبين زوجها بطلقة بائنة ، متى ثبت صحة ادعائها ، وقد اتفق هؤلاء على ضابط الإعسار المبيح للتفريق وهو : الإعسار عن النفقة الضرورية التى تدفع غائلة الجوع والعرى ولكنهم اختلفوا فى الجزئيات المتفرعة عن ذلك .

وقد استدل الجمهور لرأيه بالأدلة الآتية : من القرآن والسنة والمعقول :

١- أن المولى سبحانه وتعالى قد أمر بالإمساك بالمعروف وبالمعاشرة الحسنة ونهى عن الضرر أو الإضرار بالزوجة ، وإمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها يلحق بها أبلغ الضرر ، وذلك يتنافى مع أوامر الله لنا : قال تعالى : " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " [٦]. وقوله تعالى أيضا : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " [٧]. وقال تعالى أيضا : " وعاشروهن بالمعروف " [٨]. وعلى ذلك يجب على هذا الزوج أن يأتمر بالأمر الإلهى ويسرح زوجته أى يمنحها حريتها بالتطليق ، فإذا خالف ذلك قام القاضى بتطليقها نيابة عنه درء للظلم ورفعا للضرر الواقع عليها .

٢- ومن السنة : قوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " فكل مسلم منهى بهذا الحديث عن إلحاق الضرر بالغير ومن باب أولى الزوجة فهى داخلة فى عموم هذا النهى .

٣- ومن المعقول : الفقهاء متفقون على جواز التفريق بين الزوجين إذا وجد بأحدهما عيب مانعمن الاستمتاع

---

(٦) البقرة آية " ٢٢٩ " .
(٧) البقرة آية " ٢٣١ " .
(٨) النساء آية " ٩ " .

والمعاشرة الجنسية ، فيجوز التفريق بينهما إذا لم ينفق الزوج على زوجته من باب أولى ، لأن النفقة بها قوام الحياة .

ثانيا : يرى الحنفية عدم إعطائها هذا الحق ولكن من حقها رفع الأمر للقاضى لكى يأذن لها بالاستدانة عليه إن كان الزوج معسرا أو غائبا ، أو لإجباره على أن ينفق عليها إن كان موسرا ممتنعا عن الإنفاق ، وله حبسه أو تغريره إن لم يمتثل لذلك .

واستدل الحنفية لرأيهم بالأدلة الآتية :

١- لا يوجد دلي صريح من القرآن والسنة أو قول لصحابى يقول بجواز التفريق لعدم الإنفاق ، فالصحابة كان منهم المعسر ولم يقل أحد بأن الرسول ﷺ فرق بين صحابى وزوجته لعدم إنفاقه عليها رغم كثرة المعسرين منهم ، ولو كان التفريق جائز لهذا السبب لقضى به رسولنا الكريم أو لبين أن للزوجة الحق فى طلب التفريق لذلك .

٢- لقد أمر المولى سبحانه وتعالى الرجال بالإنفاق على قدر الاستطاعة : قال تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا " (٩). فالمعسر بنفقة امرأته لا يكلف بها فى الحال وإنما بعد يسره بنص الآية الكريمة ، فهو لا يكلف بدفع ما لا يملكه ولا فى حوزته .

---

(٩) الطلاق آية " ٧ " .

٣- هذا بالإضافة إلى عموم قوله تعالى : " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " (١٠). فيجب على المرأة أن تصبر على زوجها المعسر إلى أن تتيسر حالته وتنقشع هذه الغمة ، كالدائن يصبر على مدينه إلى زوال إعساره ، فعدم إنفاق الزوج للعسر لا يكون من الظالمين ، وإنما يوصف بالظلم إذا كان ممتنعا عن الإنفاق مع قدرته على ذلك ، ويجب رفع ظلمه بأى وسيلة إما ببيع ما له إن علم مكانه ، أو بتعزيره بالحبس لحمله على الإنفاق أو لإظهار ماله الذى أخفاه تهربا من النفقة ولم يتعين التفريق مع قدرته فمن باب أولى المعسر .

ثالثا : يرى ابن القيم : انه لا يجوز للمرأة أن تطلب التفريق عن زوجها للإعسار إلا فى حالتين هما : أ- إذا غرّ الرجل المرأة عند الزواج وبهرها بمظهره فاعتقدت أنه ميسور الحال ورضيت به وتزوجته بناء على ذلك ، ثم افتضح أمره بعد الزواج وتبينت حقيقته .

ب- إذا كان الرجل ميسور الحال ولم ينفق على امرأته ولم تستطع أخذ كفايتها من ماله بأى وسيلة ممكنة .

ولكن إن تزوجته مع علمها بإعساره وفقره أو تزوجته وهو موسر ولكنه أعسر فلا يجوز لها أن تطلب الفرقة عنه ، لأن

---

(١٠) البقرة آية " ٢٨٠ " .

طلبها فى هذه الحالة يتنافى مع مكارم الأخلاق ، فالوفاء والتراحم والتعاون من المكارم التى يجب أن تسود الحياة الزوجية : وفى ذلك يقول ابن القيم : " وقد جعل الله الفقر والغنى مطيتين للعباد فيفتقر الرجل لوقت ويستغنى لوقت ، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعمّ البلاء وتفاقم الشر وفسخت أنكحة أكثر الناس وكان الفراق بيد النساء ، فمن الذى لم تصبه عسرة ولم تعوزه النفقة أحيانا " (١١).

وهذا الرأى هو أرجح الآراء فى نظرى ولكن القانون أخذ برأى الجمهور وخاصة رأى الإمام مالك .

ونستطيع تلخيص ما يجرى عليه العمل فى المحاكم المصرية فى الحالات الآتية :

الحالة الأولى : إذا كان للزوج مال ظاهر أى يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعهودة ، حكم القاضى بتحصيل النفقة من ماله لصالح امرأته سواء كان المال حاضرا أم غائبا ، وإذا وجد فى عقد النكاح كفيل بالنفقة : فإن مال الكفيل كمال الزوج ، فإذا كان ماله ظاهرا يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، قضى القاضى بتحصيل النفقة منه ، وفى هذه الحالة لا يكون للمرأة الحق فى طلب التفريق لأنها ستحصل على حقها ويزول الضرر عنها ، فهذا هو ما يطبقه قضاتنا .

---

(١١) زاد المعاد ٣٢٣/٤ .

الحالة الثانية : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه ، ولم يقم الزوج بالإنفاق على امرأته رغم صدور حكم بذلك ، فللزوجة فى هذه الحالة الحق فى طلب التفريق ، فإذا قدمت طلبا بذلك : يقوم القاضى باستدعائه وعرض الأمر عليه ، فإن ادعى الإعسار وقام بإثبات ادعائه بوسيلة من وسائل الإثبات ، أو أيدته الزوجة وصادقته فى ادعائه ، فإن القاضى يعطيه مهلة لا تزيد على شهر ليتولى الإنفاق على زوجته ، فإن لم يقم بذلك طلقها القاضى طلقة بائنة نيابة عنه : ولكن إن ادعى الإعسار ولم يقم بإثباته أو ادعى اليسار وأصرّ على عدم الإنفاق عليها أو صمت وسكت فلم يدعى إعسارا ولا يسارا وأصرت زوجته على طلبها ، قام القاضى فى هذه الحالة بتطليقها نيابة عنه طلقة بائنة فى الحال ، لتوافر الدليل على نيته وقصده من العنت والإضرار بامرأته ، فإعطائه مهلة لن يترتب عليه فائدة ، لأنه لم يثبت إعساره .

الحالة الثالثة : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر وكان غائبا : ننظر : إما أن تكون غيبته قريبة أو لا ، فإن كانت غيبته قريبة ونعنى بهذا : إمكان وصول قرار المحكمة إليه بيسر وسهولة فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام كما يقول المالكية ، قام القاضى بإعذاره بالطرق المقررة فى لائحة التنفيذ ، ويعطيه مدة يقدرها القاضى ويعلنه بها ، ويقول له : احضر للإنفاق على زوجتك أو أرسل لها بالنفقة وإلا قمت بتطليقها نيابة عنك طلقة بائنة ، وللقاضى أن يصدر حكمه بالتطليق نيابة عنه إذا تأكد من وصول الإعذار

إليه ومضت المدة الممنوحة له دون حضوره أو إرسال نفقة إليها .

ويلزم التنويه إلى أن الزوجة هى المطالبة بإثبات قيام الزوجية وغيبة الزوج وعدم إنفاقه ، أى يجب عليها إثبات جميع وقائع الدعوى .

والمحبوس فى السجون يتبع معه هذه الإجراءات كاملة .

وأما إن كانت غيبته بعيدة لا يتيسر وصول قرار المحكمة إليه أو كانت إقامته مجهولة أو كان مفقودا لا يعلم موته ولا حياته : فإن للقاضى أن يقوم بتطليقها طلقة دون ما حاجة إلى إعذاره ولا إمهاله ، بشرط أن تثبت الزوجة قيام الزوجية بينهما وتثبت غيبته وأنه لا مال تنفق منه أثناء هذه الغيبة ، والطلقة المحكوم بها فى هذه الحالة طلقة رجعية إذا كان قد دخل بها ولم يطلقها طلقتين قبل ذلك ، وإلا فإنها تكون بائنة ، وعلى ذلك فللزوج أن يقوم بمراجعة زوجته أثناء عدتها بشرط أن يثبت للمحكمة أنه موسر ومستعد للإنفاق عليها ، والاستعداد المقصود هنا دفع النفقة الواجبة عليه ، فلا يكفى عند القضاء الاستعداد القولى بل الفعلى ، فإذا عجز عن إثبات يساره أو لم يقم بدفع النفقة المحكوم بها عليه فإن رجعته لزوجته لا تكون صحيحة .

إن هذا القانون منتقد للآتى :

أولا : هذا القانون لم يفسر المقصود بالإعسار عن النفقة

الواجبة للزوجة ، وكان الواجب على المشرع أن يفسر هذا الإعسار أو يحيل على المذهب المالكى الذى استند إليه المشرع فى هذه المسألة ، ولقد ترتب على هذا القصور التشريعى أن فسره القضاة عملا : بالعجز عن دفع النفقة المحكوم بها عليه ، فهم لا يوافقون على مراجعته لامرأته أثناء العدة إلا إذا أثبت يساره بقيامه بدفع المبلغ المطلوب منه حالا مع إبداء استعداده للنفقة عليها مستقبلا ، فالنفقة عندهم لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ثانيا : هذا القانون لم يتضمن حكما لمسألة هامة وهى : تطوع شخص بالإنفاق على امرأته إلى يساره ، وكان الأجدر بالمشرع أن يأخذ برأى مالك فى ذلك ، وهو إسقاط حقها فى طلب التفريق طالما وجد من ينفق عليها ، سواء كان المتطوع قريبا لزوجها أو أجنبيا عنه ، وأما فقهاؤنا الآخرون فيفرقون بين أصل الزوج وغيره ، فإذا كان الذى ينفق عليها متبرعا من أصوله أى أباه أو جده فإن حقها فى المطالبة بالتفريق يسقط بذلك ، لأن إنفاق أصله عليها كإنفاق الزوج ، أما إذا كان المتبرع غير ذلك فلا تجبر المرأة علي قبول النفقة منه وبالتالى لا يسقط حقها فى التفريق ، لأن المنة واردة فى غير أصله ، وأما الأب أو الجد فلن يمن أحدهم عليها بذلك ، لأنها فى منزلة ابنتهم .

الفصل الرابع

التفريق لغيبة الزوج

من المعروف أن القرار فى البيت حق من حقوق الزوج على زوجته ، فلا يجوز لها الخروج منه إلا بإذنه ، وإذا خالفت وسافرت دون رضاه فإن له أن يستخدم جميع الوسائل الممكنة المشروعة لاسترجاعها إلى منزل الزوجية ، فإن عجز عن ذلك فله أن يطلقها ، ولكن إذا غاب الزوج عن امرأته مدة من الزمن تتضرر بها معنويا أو ماديا أو تخشى على نفسها الفتنة ، فهل من حقها أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبين زوجها ، وهل يجيبها القاضى إلى ما تطلب ؟ اختلف فقهاؤنا فى ذلك على النحو الآتى :

أولا : يرى الحنفية والشافعية وبعض الفقهاء أن المرأة لا يجوز لها أن تطلب التفريق لهذا السبب ، ولا يجوز للقاضى أن يجيبها لهذا السبب ، ولا يجوز للقاضى أن يجيبها لذلك إذا طلبته لعدم صلاحية هذا السبب للتفريق بين الزوجين .

ثانيا : يرى المالكية والحنابلة وبعض الفقهاء أن المرأة يجوز لها أن تطلب التفريق للغيبة الطويلة ، ولكنهم اختلفوا فى مقدار هذه المدة ، فيرى الحنابلة أنها ستة أشهر واستدلوا على ذلك : بما فعله عمر بن الخطاب فى ذلك : فقد روى أن عمر رضى الله عنه سمع امرأة فى إحدى الليالى تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه   وطال عليّ ألا خليل ألاعبه

والله لولا خشية الله وحده   لحرك من هذا السرير جوانبه

وكان زوجها غائبا عنها فى الجهاد فى سبيل الله ، فسأل ابنته حفصة عن المدة التى تستطيع المرأة تحملها لغياب زوجها فقالت له : ستة أشهر . ولكن الإمام أحمد اشترط فى الغيبة التى تجيز طلب التفريق شرطان :

الأول : أن يكون الزوج متغيبا فى بلد آخر غير البلد التى تقيم فيه امرأته ، لأنه لو كان فى نفس البلدة لكان هجرا يدخل فى سوء المعاشرة ، وبالتالى يكون لها الحق فى طلب التفريق للضرر .

الثانى : أن تكون غيبته بدون عذر مقبول ، فالغيبة بعذر مقبول لا تبيح طلب التفريق لعدم تعمده الأذى ، مثال ذلك : غيبته للتجارة أو لتحصيل العلم أو للعلاج ولا يستطيع أخذها معه .

وأما المالكية فقد اختلفوا : فمنهم من يرى أنها سنة ومنهم من يرى أنها ثلاث سنين ، وهم لا يفرقون بين الغيبة بعذر مقبول أو بعذر غير مقبول فكلاهما يبيح طلب التفريق ، ورأى الحنابلة فى نظرى هو الأرجح : لأن غيبة الزوج لتحصيل العلم أو للتجارة أو بأى عذر مقبول لا يقصد هجرها أو إلحاق الضرر بها ، وإنما

غايته فى ذلك هو تحقيق الخير لنفسه ولأسرته، بخلاف الغيبة دون عذر مقبول ، فالإساءة فيها واضحة والضرر فيها بيّن ، وقد أخذ القانون بحكم مستمد من مذهبى المالكية والحنابلة : فقال بجواز التفريق إذا كانت الغيبة بدون عذر مقبول ، مستندا فى ذلك إلى الحنابلة ، وقال بأن الحد الأدنى للغيبة سنة كاملة مستندا فى ذلك إلى المالكية ، فنصت المادة الثانية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه : إذا غاب الزوج سنة [١٢]. فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب من القاضى تطليقها منه إذا تضررت من بُعْده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

ونصت المادة الثالثة عشرة على أنه : إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب أجل .

فالقانون أخذ برأى المالكية فى اعتبار التفريق للغيبة طلاق بائن ، لأن الحنابلة يعتبرونه فسخا لا طلاقا ، لأن التفريق لم يصدر من الزوج ولا بتفويض منه .

---

(١٢) المراد بالسنة هنا : السنة الشمسية لا القمرية .

أما المحبوس : فقد اختلف الفقهاء فيه على النحو الآتي :

أولا : يرى الحنفية والشافعية وبعض الفقهاء : أنه لا يجوز التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه وسجنه لارتكاب جريمة موجبة لذلك مهما كانت مدة هذا الحبس .

ثانيا : يرى ابن تيمية الحنبلي جواز التفريق عند حبس الزوج فقال في الفتاوى : " القول في امرأة الأسير المحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود " . وأما المالكية والحنابلة الذين يقولون بجواز التفريق لغيبة الزوج فلم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج ، ولكن المالكية يقولون بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن علة التفريق عندهم هي بعد الزوج عن زوجته بإرادته أو بغير إرادته لأن الضرر متحقق في الحالتين ، وهذا متحقق في امرأة المحبوس وقد أخذ قانوننا بذلك فنص في مادته الرابعة عشرة على أن : " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " . ووفقا لهذه المادة يجب على القاضي الحكم بالتفريق بين المحبوس وزوجته إذا تحققت الشروط المنصوص عليها في المادة المذكورة وتقدمت الزوجة بطلب إليه بذلك مع إثباته .

والتفريق هنا للضرر الذى يحدث لها فعلا ، لا على الضرر المتوقع من حبسه ، لذا اشترط المشرع لقبول طلبها مضى سنة من تاريخ حبسه ، لأن إباحة الطلب هنا لغيبة زوجها عنها بالحبس ، والتفريق للغيبة لا يجوز قبول الطلب به إلا بعد انقضاء سنة كاملة للتأكد من حدوث الضرر والوحشة والاشتياق .

نماذج من أحكام محكمة النقض المصرية فى التفريق للغيبة وعدم الإنفاق :

<u>الغيبة وعدم الإنفاق :</u>

التطليق للغيبة . إمكانية وصول الرسائل للزوج . وجوب إمهاله وإعذاره للإقامة مع زوجته . م ١٣ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مدة الإمهال . ليست من مواعيد المرافعات . أثر ذلك . ليس للإعذار شكل خاص . كفاية علم الزوج بما يقرره القاضى بشأن الإمهال والإعذار .

مفاد المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع جعل المناط فى وجوب إمهال الزوج الغائب فترة من الزمن مع إعذاره هو إمكانية وصول الرسائل إليه إلا أنه لم يحدد وسيلة إعلانه بما يقرره القاضى فى هذا الشأن . وإذا كانت مدة الإمهال المنصوص عليها فى هذه المادة ليست من قبيل مواعيد

المرافعات التى يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب وإنما هى مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه بجهة إقامته بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو فى أى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجوب التطليق ، فإنه يكفى لتحقق شرط الإمهال والإعذار فى حق الزوج الغائب أن يصل إلى علمه ما يقرره القاضى فى هذا الشأن . لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن الطاعن مثل بوكيل عنه بالجلسة المحددة بقرار الإمهال والإعذار المعلق إليه بما يقطع بعلمه به فإنه لا محل لما ينعى به على إجراءات إعلانه بهذا القرار ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس . (نقض ١٩٨١/١/٢٠ طعن ١٣ س ٤٨ ق) .

التطليق للغيبة والتطليق للضرر بسبب الهجر . التفرقة بينهما .

المقصود بغيبة الزوج عن زوجته فى حكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تكون الغيبة لإقامة الزوج فى بلد آخر غير الذى تقيم فيه زوجته ، أما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطليق طبقا لنص المادة السادسة من هذا القانون فهى – على ما بينته المذكرة الإيضاحية للقانون وجرى به قضاء محكمة النقض – غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامته فى البلد الذى تقيم فيه زوجته ، ويكون الضرر فى هذه

الحالة هجرا قصد به الأذى فيفرق بينهما لأجله . إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه رغم إقامة الزوجين فى بلد واحد فإن الطاعن عمد أثر زواجه بأخرى إلى الإعراض عن زوجته المطعون ضدها وهجر الإقامة معها وأنه لا يمكنها البقاء على هذا الحال دون ضرر ، وهو ما يشكل حالة من حالات الإضرار التى تبيح التفريق بينهما وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فإنه لا يكون مخطئا فى القانون بعدم إعماله نص المادتين ١٢ ، ١٣ من المرسوم بقانون المشار إليه التين يقتصر الحكم فيهما على حالات التطليق للغيبة ، ويكون النعى عليه بعدم اتباع الإجراءات المنصوص عليها فيهما على غير أساس . (نقض ١٩٨٠/١٢/٣٠ طعن ٢٢ س ٤٩ ق) .

طلب الزوجة التطليق للضرر من غيبة زوجها . شرطه . أن تكون غيبته فى بلد آخر لمدة سنة ميلادية فأكثر وبغير عذر مقبول تقره المحكمة . وجوب إعذار القاضى للزوج للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه . مناطه .

مؤدى نصوص المواد ١٢ ، ١٣ ، ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها ٣٦٥ فأكثر وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة ، أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ، والطلقة هنا بائنة لأن سببها

الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج ، وشرط لذلك توافر أمرين : أولهما – أن تكون غيبة الزوج المدة المشار إليها فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، أما إذا كانا يقطنان بلدا واحدا ترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجرا لها يجيز التطليق وفق المادة السادسة من القانون ، والثانى أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول ، وتقدير العذر أم متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا ، وخول المشرع القاضى التطليق لهذا السبب من غير إعذار أو ضرب أجل إن كان الزوج الغائب غير معلوم محل إقامته أو معلوما ولا سبيل إلى مراسلته ، أما إن أمكن وصول الرسائل إليه فيحدد القاضى له أجلا يحضر فيه للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، وأنه وأن ضربت المذكرة الإيضاحية للقانون الأمثال على العذر المقبول بأنه طلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات ، إلا أن المناط فى اعتباره كذلك هو ألا يقصد الزوج به الأذى ، بحيث يتعين ثبوت أن الزوج لا يستطيع نظرا لظروفه نقل زوجته إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة ، وتقدير توافر الغيبة والهجر المتعمد يخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا له أصله الثابت من الأوراق . (نقض ١٩٧٩/٦/١٣ طعن ٣٤ س ٤٨ ق) .

عدم إقرار الأحناف التطليق للغيبة ولعدم الإنفاق . إجازة القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ له أخذا برأى الأئمة الآخرين قبل دعوى التطليق لعدم الإنفاق بشهادة شاهد واحد . عدم جواز

التحدي برأى الإمام أبى حنيفة فى نصاب الشهادة على الزواج والطلاق وهو رجلان أو رجل وامرأتان فى إثبات أمر لا يجيزه .

النعى بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والخطأ فى تطبيقه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد واحد مع أنها دعوى تطليق لعدم الإتفاق تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقا للمادة ٦ من القانون رقم ٤٥٢ سنة ١٩٥٥ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية ، وأن القول الوحيد فيه فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان وأنه لا يوجد فى مذهب الأحناف من يقول بكفاية شاهد واحد ، مردود ذلك أنه لما كان التطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلا على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين وإنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق لعدم الإنفاق أو للغيبة ، فإنه يكون من غير المقبول التحدى برأى الإمام أبى حنيفة فى إثبات أمر لا يجيزه ، ومن ثم يكون هذا النعى فى غير محله متعين الرفض . (نقض ١٩٦٠/٢/١٨ طعن ٢٠ س ٢٧ ق) .

الباب الثالث

اللعان والظهار والإيلاء

سنتحدث فى هذا الباب عن اللعـان فـى الفصـل الأول ، وعـن الظهار فى الفصل الثانى ، وعن الإيلاء فى الفصل الثالث .

الفصل الأول

اللعان

اللعان مصدر لاعن : وهو مأخوذ من اللعن ، لأن الملاعن يقول فى المرة الخامسة (أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين) [1]. واللعن هو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى .

وشرعا : اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة .

أدلة مشروعية اللعان : من القرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع :

أولا : من القرآن : قال تعالى : " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه

---

(١) النور آية " ٧ " .

لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " (٢).

ثانيا : من السنة : ما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني : " إذ جاء إلى عاصم بن عدى العجلاني رجل من قومه فقال له : يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلوه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ . فسأل عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فلما رجع عاصم إلى أهله . جاء عويمر فقال يا عاصم . ماذا قال لك رسول الله ﷺ ؟ فقال لم تأتني بخير ، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألت عنها ، فقال : والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس . فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله ﷺ : قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها ، قال سهل : فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغ من تلاعنهما ، قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ،

---

(٢) النور الآيات " ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ " .

فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ " (٣). قال مالك : قال ابن شهاب : فلم تزل تلك سنة المتلاعنين . وأيضا من طريق المعنى : لما كان الفراش واجبا للحوق النسب كان لاناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده ، وتلك الطريق هى اللعان .

ثالثا : الإجماع : لا خلاف بين الفقهاء على مشروعية اللعان .

صفة اللعان : أن يقول الزوج بمحضر من القاضى أربع مرات : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به امرأتى من الزنا ، ويشير إليها إن كانت حاضرة ، وإن كانت غائبة سمّاها أى ذكر اسمها ونسبها حتى تنتفى المشاركة ، ثم يقول : وأن لعنة الله علىّ إن كنت من الكاذبين فيما رميت به امراتى هذه من الزنا ، ثم تقول الزوجة : أربع مرات : أشهد بالله إن زوجى هذا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، وتشير إليه إن كان حاضرا ، فإن كان غائبا سمتّه أى تذكر اسمه ونسبه ثم تقول : وإن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا ، للآيات الأربعة التى ذكرنا ، والحديث التى ذكرته ، هذا وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس : أن هلال ابن أمية قذف امرأته ، فقال رسول الله ﷺ : " أرسلوا إليها " فأرسلوا

---

(٣) صحيح البخارى فى الطلاق ٤ ، مسلم فى اللعان ١ ، ٣ ، أبو داود فى الطلاق / ٢٧ .

إليها فجاءت ، فتلا عليهما آية اللعان ، وذكرهما ، وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، فقال هلال : والله لقد صدقت عليها ، فقالت : كذب ، فقال رسول الله ﷺ : لاعنوا بينهما . فقيل لهلال : اشهد ، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة قيل : يا هلال اتق الله ، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب ، فقال : والله لا يعذبنى الله عليها ، كما لم يجلدنى عليها ، فشهد الخامسة ، أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم قيل لها اشهدى ، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، فلما كانت الخامسة . قيل لها : اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، إن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب ، فتلكأت ساعة ، ثم قالت والله لا أفضح قومى ، فشهدت الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين . ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وقضى ألا بيت لها من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ، ولا متوفى عنها . وبالنظر فيما سبق نجد أن الرجل يدعو على نفسه باللعنة ، والمرأة تدعو على نفسها بالغضب ، ومن المعلوم أن الغضب أشد من اللعن ، لأن اللعن طرد من الرحمة والغضب سخط الله وإنزال مقته وعذابه بالمغضوب عليه ، ويرجع السبب فى ذلك : لأن جريمة المرأة هنا أشد من جريمة الرجل ، هذا بالإضافة إلى أن المرأة تكثر من اللعن أثناء ممارسة حياتها اليومية كما جاء من حديث رسولنا الكريم فى وصف النساء : " يكثرن اللعن ويكفرن العشير " . لذا

فإن المرأة لن تهتم به لو أمرت بالدعاء عليها باللعن . وقد أوجب المولى الابتداء بالزوج لأنه المدعى فى هذه القضية ، وهو المطالب بالإثبات وبينته بينة إثبات ، والزوجة مدعى عليها وهى منكرة ، وقد يتساءل السائل : لماذا كان اللعان أربع شهادات ؟ الرد على ذلك : أن الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة من الذكور أو بالإقرار الصادر من مرتكبه أربع مرات ، فالأربع شهادات الصادرة منه فى اللعان تقوم مقام الشهود الأربعة اللازمين لإثبات جريمة الزنا . وباكتمال هذه الشهادات الأربع من الزوج يسقط حدّ القصف عنه ولا يطبق عليه ، وباكتمالها من الزوجة يسقط حدّ الزنا ولا يطبق عليها .

شروط اللعان : لا يجب البدء فى إجراءات اللعان إلا بعد قذف الرجل لامرأته بالزنا ومطالبة الزوجة بموجب القذف أمام القاضى ، وتحقق الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بين المتلاعنين حقيقة أو حكما عند قذف الزوج زوجته بالزنا ، ويستوى عند الحنفية أن يكون قذفه لها مضافا إلى زمن الزوجية أو قبلها ، لأن المعوّل عليه عندهم الوقت الذى وقعت فيه جريمة القذف ، فينبغى أن تكون بعد العقد عليها ولا يلزم أن يكون بعد الدخول بها ، فيستوى عندهم أن يكون القذف بعد الدخول أو قبله .

وأما الجمهور فيرى اشتراط إضافة القذف إلى زمن الزوجية ، فلو كان قذفه لها مضافا إلى الفترة السابقة على زواجها منه ، فإنه لا حق له في اللعان وإنما يقام عليه حد القذف ، فالمعوّل عليه الوقت الذي يضيف إليه الزنا فلابد أن يكون حال قيام الزوجية .

وعلى ذلك : فإذا كان الزواج فاسدا وقذف الزوج زوجته في هذه الحالة : فإنه لا حق له في الملاعنة ، لأن الزوجة كالأجنبية عنه وبالتالي يقام عليه الحد ولكن الشافعية والحنابلة يعطونه الحق في اللعان ، إذا كان القذف بنفي الولد ، لأن اللعان هو الطريق الوحيد أمام الزوج في هذه الحالة لنفي نسب الولد .

ويلزم التنويه إلى جواز اللعان سواء كان القذف قبل دخول الرجل بامرأته أو بعد الدخول بها ، لعموم قوله تعالى : " والذين يرمون أزواجهم إلى آخر الآيات " . وكذا في الطلاق الرجعي لأن المرأة زوجته حكما . وإذا نكلت الزوجة عن اللعان فلا يقام الحد عليها ، لأن جريمتها لم تثبت ، والحد يدرأ بالشبهات ولكنها تحبس حتى تقر بجريمتها أربعا أو تلاعن .

الشرط الثاني : أن يكون المتلاعنان أهلا للشهادة ، بأن يكونا مسلمين بالغين عاقلين حرين قادرين على النطق غير محدود في

قذف ، فالحنفية يرون أن اللعان شهادات مؤكدات الأيمان [٤] ، لذا إذا تخلف قيد من القيود السابقة فإن اللعان لا يقام بينهما ، وقد استدلوا لرأيهم : بأن الآية أطلقت على الأزواج شهداء وأطلقت على الملاعنة الواقعة منهم شهادات ، وقد جعلها المولى كشهادة الزنا في العدد .

الشرط الثالث : أن يعجز الزوج عن إقامة البينة على ادعائه بالاتفاق : فلو استطاع إقامة البينة فإن إقامة الحد واجبة على امرأته ، ولا حاجة إلى اللعان ، لأن اللعان دليل ضعيف لا يمكن أن يصمد أمام البينة .

الشرط الرابع : أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنا .

الشرط الخامس : أن تنكر الزوجة ادعاء زوجها بارتكابها جريمة الزنا .

---

(٤) لكن الجمهور يرى أن اللعان أيمان بلفظ الشهادة ، لذا يشترط في كلاهما – الزوجين – أن يكونا أهلا لليمين والزوج أهلا للطلاق ، وعلى ذلك فاللعان عندهم يصح من كل زوجين مسلمين أو كافرين محدودين في قذف أم لا طالما أن الزوجة محصنة يحد قاذفها وأدلتهم على ذلك : ذكر اسم الله وتكراره والمعروف أن الشهادة لا تكرر ، ولكن القسم يكرر كما في القسامة ، والأيمان تكون من الجانبين وأما الشهادة فتكون من جانب واحد ، ولقد سميت شهادة لاعتبار قول كل منهما أشهد ، ولأن الرسول ﷺ قال بعد أن ولدت امرأة هلال بن أمية : " لولا الأيمان لكان لي ولها شأن " .

وأضاف الحنابلة وبعض الفقهاء شروطا لصحة اللعان هي :

١- أن يكون اللعان بمحضر من الحاكم أو نائبه ، لأنه يمين فـي دعوى ، كما فعل النبي ﷺ بامرأة هلال بن أمية .

٢- أن يأتي به بعد إلقائه عليها ، فإن بادر به قبـل ذلـك لـم يعتـد به ، كما لو حلف قبل أن يستحلفه الحاكم .

٣- كمال لفظاته الخمسة فإن نقص منها شـيئا لـم يعتـد بـه ، لأن الله علق الحكم عليها فلا يثبت بدونها ، ولأنها بينـة فلـم يجـز النقص من عددها كالشهادة .

٤- الترتيب على ما ورد به الشـرع ، فـإن بـدأ بلعـان المـرأة لـم يعتد به ، لأنه مخالف لما ورد به الشرع ، ولأن لعان الرجـل بينة للإثبات ولعان المرأة بينة للإنكار ، فلم يجز تقديم الإنكار على الإثبات .

٥- الإتيان بصورة الألفاظ الواردة فى الشرع ، فإن أبدل الشهادة ببعض ألفاظ اليمين كقوله : أقسم أو أحلف أو بدل لفظة اللعنة بالإبعاد أو الغضب بالسـخط أو غيره لـم يعتـد بـه لأنـه تـرك المنصوص ولأنه موضع ورد الشرع فيه بلفظ الشـهادة ، فلـم يجز إبداله كالشهادة فىالحقوق .

٦- الإشارة من كل واحد إلى صاحبه إن كان حاضرا أو تسـمية نسبه بما يتميز به إن كان غائبا ليحصل التميز عن غيره .

(٤٠٦٠١).

الامتناع عن الملاعنة بعد وجود سببها :

إذا رفض الزوج الملاعنة بعد قذف زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها ، اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو الآتى :

يرى الحنفية : وجوب حبسه إلى أن يختار أحد أمرين : إما إجراء الملاعنة أو تكذيب نفسه وفى هذه الحالة الأخيرة يقام عليه حد القذف .

ويرى الجمهور : وجوب إقامة حد القذف عليه بمجرد رفضه القيام بالملاعنة . ويرجع السبب فى اختلافهم إلى اختلافهم فى الموجب الأصلى لقذف الزوج زوجته :

فالحنفية يقولون بأن موجبه اللعان ، والدليل على ذلك قوله تعالى فى آيات اللعان : " فشهادة أحدهم " أى أن الواجب شهادة أحد الزوجين أربع شهادات إلى آخره ، أى الملاعنة ، وعلى ذلك فالواجب فى قذف الزوجات اللعان فلا يجب غيره إذا لم يوجد ، فآيات اللعان السابقة نسخت آية القذف فى جريمة قذف الأزواج لزوجاتهم ، أو أن آيات اللعان خصصت آية القذف بغير الأزواج .

وأما الجمهور فيرى أن الموجب الأصلى لجريمة قذف الأزواج لزوجاتهم حد القذف ولكن اللعان يؤدى إلى سقوطه عن الزوج الملاعن ، فآية القذف تقرر تطبيق الحد على جميع مرتكبى هذه الجريمة ، زوجا كان أم غير زوج ، وأراد المولى

سبحانه وتعالى التخفيف عن الأزواج عند قذفهم لزوجاتهم وعدم تمكنهم من إقامة البينة ، فأوجد لهم طريق اللعان لدرء الحد عنهم ، فإذا امتنع عن اللعان طبق عليه حد القذف لأنه الموجب الأصلى لهذه الجريمة . والدليل على ذلك : قوله ﷺ لهلال بن أمية – عندما قذف زوجته بالزنا مع شريك من سحماء – " البينة أو حد فى ظهرك " وعندما نزلت آيات اللعان ، وأحضر ليقوم بالملاعنة ، قال له المصطفى ﷺ : " عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة " . ولو لم يكن الحد واجبا فى هذه الجريمة لما كان لهذا القول معنى ، هذا بالإضافة إلى أننا متفقون جميعا على إقامة الحد عليه إذا قام بتكذيب نفسه . لذا فهذا الرأى هو الراجح فى نظرى لقوة أدلته . وأما إذا رفضت الزوجة الملاعنة بعد انتهاء الزوج من ملاعنتها : اختلف الفقهاء على رأيين : فالحنفية والحنابلة يرون حبسها إلى أن توافق على الملاعنة أو تصدق الزوج فى ادعائه ولكن لا يوقع عليها حد الزنا بهذا التصديق حتى تقر بالزنا صراحة أربع مرات ، فمجرد التصديق لا يعتبر إقرارا بالزنا قصدا ، كما أن لها الرجوع عن الإقرار بعد صدوره منها ولا يقام عليها الحد .

وأما المالكية والشافعية فيرون إقامة الحد عليها بمجرد امتناعها عن اللعان ، لأن العقوبة الأصلية هنا هى الحد ، واللعان شرع لدرء الحد عنها قال تعالى : " ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين " فالشهادات الأربع – اللعان – هى الدافعة لتوقيع حد الزنا عليها ، لأن العذاب

المنصوص عليه فى الآية يراد به الحد المنصوص عليه صراحة فى قوله تعالى : " وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين " .

الأحكام المترتبة على اللعان : يترتب على اللعان بعد الانتهاء منه الأحكام التالية :

أحدها : سقوط الحد الذى أوجبه القذف : فالشهادات المذكورة فى آيات اللعان أقامت مقام البينة المسقطة للحد .

الحكم الثانى : نفى الولد : فإذا اللعان بنفى الولد ، فإن نسبه إليه ينتفى بمجرد انتهائه من اللعان ويتم إلحاق نسبه بأمه ، فيكون هذا الولد أجنبيا عن الملاعن فى بعض الأحكام وليس فى جميعها : فلا توارث بينهما إذا مات أحدهما ، كما أن الولد لا يرث أقارب أبيه وإنما يرث أقارب أمه ، وإذا مات فإن أمه وأقاربها هم الذين يرثونه ، وأما النفقة : فلا يجب النفقة لأحدهما على الآخر ، ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الميراث والنفقة لا يثبتان إلا بسبلب متيقن .

وأما باقى الأحكام الأخرى المتعلقة بالبنوة فتظل كما هى احتياطا لاحتمال أن يكون هذا الولد ابنه حقيقة : فلا يجوز للولد أن يعطى من زكاة ماله أو فطرته لأبيه ، وكذا الأب ، وإذا قتله الأب لا يقتص منه كالإبن من النسب ، وفى الشهادة : لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ، وتثبت حرمة المصاهرة بينهما : فلا

يجوز للأب أن يزوجه من إحدى بناته أو أولاده ، كما لا يجوز للابن أن يتزوج المرأة التى عقد عليها والده وبالعكس .

ويلزم التنويه إلى أن هذا الولد لا يعتبر مجهول النسب بهذا النفى ، وبالتالى لا يجوز لأحد أن يدعى نسبه منه أو يلحقه بنسبه لاحتمال عودة الأب فيما فعله ويكذب نفسه فينتسب إليه ، ولكن لو ادعاه أحد بعد موت الوالد يثبت نسبه منه إذا توافرت شروط النسب التى سنقوم بتفصيلها فى حينه .

الحكم الثالث : التفرقة بين الزوجين بالاتفاق . ولكنهم اختلفوا فى وقوعها على رأيين : يرى الجمهور : أن الفرقة تقع بمجرد الانتهاء من الملاعنة ، وحكم القاضى يعتبر منفذ لها فقط ، فقد اشتهر ذلك فىأحاديث اللعان : من أن رسول الله ﷺ فرق بينهما [٥].

وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنين . ولقوله ﷺ : لا سبيل لك عليها .

ويرى الحنفية : أن التفريق بينهما لا يكون إلا بصدور حكم من القاضى بذلك ، وعلى ذلك : فإذا تأخر حكم القاضى فإن الزوجية تظل قائمة بينهما فى بعض الأحكام ، مثال ذلك : يرث أحدهما الآخر إذا مات ، ولو طلقها فى هذه الفترة يقع طلاقه ،

---

(٥) أخرجه مسلم فى الأيمان / ٢٨ ، ٣١ ، وأبو داود فى الحدود / ١٧ ، والنسائى فى النكاح / ٧١ ، وابن ماجه فى النكاح / ٤٤ .

ولو تراجع عن اتهامه وكذب نفسه أصبحت حلاً له دون ما حاجة إلى عقد جديد .

واستدلوا لرأيهم : بما روى عن ابن عباس فى قصة المتلاعنين : ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وقالوا أيضا : بان هذا الحكم لم تتضمنه آية اللعان ولم يذكر صريحا فى الأحاديث ، بل إن الملاعن فى أحد الروايات طلق امرأته فى حضرة النبى ﷺ ولم ينكر عليه ذلك .

هذا بالإضافة إلى أن اللعان إنما شرع لدرء حدّ القذف فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة .

هل تكون الفرقة طلاقا أم فسخا : يرى الجمهور : أن الفرقة باللعان تكون فسخا لا طلاقا ، والفرقة بين الزوجين هنا مؤبدة فأشبه ذات المحرم وحرمة الرضاع ، وعلى ذلك فلا يمكن إعادة الحياة الزوجية بينهما مرة أخرى حتى ولو قام الزوج بالتراجع عن اتهامه لها وكذب نفسه أو صدقته الزوجة ، قال ﷺ : " المتلاعنان لا يجتمعان أبدا " ، ولأن السبب الذى أدى إلى هذا التفريق هو اللعان ، وقيام الزوج بتكذيب نفسه أو تصديق الزوجة لاتهامه لا يترتب عليه محوُ اللعان وإزالته لأنه قد وجد فعلا وواقعا وتمّ لذا يبقى حكمه ، وعلى افتراض أنه صادق فى قذفه لها ، فهل يعقل أن يعاشرها بعد خيانتها لشرفه وعرضه ، وعلى افتراض أنه كاذب فى اتهامه لها ، فلا يعقل أن ترضى

بمعاشرته بعد هذه الإهانة البالغة فالثقة بينهما أصبحت مفقودة ، والاحترام لم يعد له وجود .

ويرى الحنفية : - ما عدا أبو يوسف لأنه مع الجمهور فى رأيه - أن الفرقة باللعان تكون طلاقا بائنا ، وتخصم من عدد الطلقات الممنوحة له شرعا ، لأن الزوج هو الذى تسبب فى هذه الفرقة ، لذا لا يجوز له أن يتزوجها مرة أخرى إلا إذا قام بتكذيب نفسه أو قالت المرأة بأنه صادق فى اتهامه ، لأن قيام الزوج بالرجوع فى اتهامه لها بالزنا بتكذيب نفسه يعد رجوعا عن الشهادة ، ومن المعلوم أن الشهادة لا يترتب عليها حكم بعد الرجوع عنها ، ويترتب على ذلك توقيع حد القذف عليه ، وإثبات نسب الولد إليه إن كان القذف لنفى نسبه ، وفى حالة تصديقها لقوله يرتفع سبب اللعان ولكن لا يقام عليها حدّ الزنا إلا إذا أقرّت بزناها أربع مرات . وهذا الرأى هو الذى يطبقه قضاتنا اعتمادا على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية فقد نصت على أن فراق اللعان وإباء أحد الزوجين الإسلام باق على حكمه فى مذهب الحنفية ، فالقانون لم يرد به نص منظم لأحكام اللعان .

الفصل الثانى

الظهار

الظهار لغة : مصدر ظـاهر مـأخوذ مـن الظهـر ، وهـو قـول الرجل لزوجته أنت عليّ كظهر أمي وما أشبهه . ويقـول الكمـال بـن الهمـام فـى فتـح القديـر : وخـص الظهـر بذلـك دون سـائر الأعضـاء لأنـه محـل للركوب . ولذلـك سـمى المركـوب ظهـر فشبهت الزوجة بذلك ، وقيل أن الظهر مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن وعلاقتـه المجـاورة ، وقيـل خـصّ الظهـر لأن هـذا كـان استعمالهم فـى الجاهليـة . وشـرعا : تشـبيه الرجـل زوجتـه بامرأة من المحرمات عليه مؤبدا ، أو بجزء منها لا يجوز النظـر إليه كالظهر أو البطن أو الفرج أو الفخذ . مثال ذلك : أنت علـىّ كظهـر أختـى أو أمـى أو عمتـى أو بنـت أخـى ، وسـواء كـانت المحرمة عايه بسبب النسـب أو الرضـاع أو المصـاهرة ولـم فـى ذلك إلا الشـيعة الذيـن قصـروا هـذا الحكـم علـى المحرمـات مـن النسب والرضاع فقط .

أدلة مشروعية الظهار :

أولا : من القرآن الكريم : قال تعالى : " الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هـن أمهـاتهم إن أمهـاتهم إلا اللائـى ولدنهـم وإنهـم ليقولون منكرا من القـول وزورا وإن اللـه لعفـو غفـور ، والذيـن

يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير " [٦].

ثانيا من السنة : روت خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ، ورسول الله يجادلني فيه ويقول : اتق الله فإنه ابن عمك ، فما خرجت حتى أنزل الله : قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إلى آخر الآيات " .فقال : ليعتق رقبة . قالت : لا يجد ، قال : فيصوم شهرين متتابعين ، قالت : يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : فليطعم ستين مسكينا ، قالت : ما عنده من شيء يتصدق به ، قال : فإنى سأعينه بعرق من تمر ، قالت : وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : لقد أحسنت ، اذهبى فأطعمى عنه ستين مسكينا " أخرجه أبو داود .

ألفاظ الظهار : تتنوع الألفاظ فى الظهار إلى نوعين : صريح وكناية .

فالصريح : ما لا يحتمل غير الظهار : وهو كل لفظ يتضمن تشبيه امرأته بجزء أو عضو من امرأة محرمة عليه كالظهر أو البطن كما وضحنا سلفا والظهار المحرم واقع بهذا النوع سواء نوى به الظهار أو غيره أو ادعى أنه لم يقصد به شيئا .

---

(٦) المجادلة آية " ٢ ، ٣ " .

وأما الكناية : ما يحتمل غير الظهار . مثال ذلك : إذا قال لامراته أنت كأمي ، فهنا احتمالان : الأول : المماثلة في التحريم . والثاني : المماثلة في الإجلال والكرامة والتعظيم ، والمعول هنا على نيته : فإذا ادعى أي الاحتمالين صدق في ادعائه ، أي إن قال نويت الظهار كان ظهارا ، وإن قال نويت الطلاق فيقع طلاقا بائنا .

وإن قال لم أنو بهذا اللفظ شيئا ، اختلف الفقهاء في ذلك : فأبو حنيفة والشافعي ، لا يترتب على هذا اللفظ شيء لاحتمال إرادة الكرمة أو الإجلال ويرى مالك ومحمد بن الحسن ، أنه ظهار لوجود التشبيه المحرم الذي هو أساس الظهار . ويرى أبو يوسف أن اللفظ بهذه الصورة مع ادعائه أنه لم ينو شيئا كان إيلاء لأنه أدنى الحرمتين . هذا إذا كان اللفظ صادرا من شخص عالم بمدلوله ، وأما لو صدر من عامّي جاهل بمدلول الظهار تعين الطلاق لأن مراده من هذا اللفظ لا يخرج عن ذلك .

شروط صحة الظهار عند الحنفية : اشترط الحنفية ثلاثة شروط في الظهار ليترتب عليه حكمه هي : ١- أن يكون الزوج بالغا عاقلا مسلما ، والمالكية متفقون مع الحنفية في اشتراط ذلك في الزوج ، وخالف الشافعية والحنابلة فلم يشترطوا ذلك ، وأجازوا الظهار من الذمي .

٢- أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما وصحيحة نافذة ، يخرج بهذا الشرط المتزوجة بعقد فاسد أو صحيح موقوف

لأن المرأة محل هذا العقد محرمة عليه بالفعل ، فإذا ظاهر منها فلا يترتب على هذا الظهار أثر ما ، وكذا المعتدة من طلاق بائن لأنها ليست زوجته بل أصبحت أجنبية عنه ، وأما المعتدة من طلاق رجعى فهى زوجة حكما لأنه يستطيع إرجاعها إلى عصمته فى أىّ لحظة .

٣- أن تكون المرأة المشبه بها محرمة عليه تحريما مؤبدا عند جميع الفقهاء يخرج بذلك المحرمة على التأبيد عن بعض الفقهاء فقط كأم المرأة التى ارتكبت معها الفاحشة ، أو بنته من الزنا ، فتشبيه الرجل زوجته بإحدى هاتين المرأتين لا يكون ظهارا عند الحنفية على الراجح ، وكذا لو شبهها بامرأة محرمة عليه تحريما مؤقتا كأخت زوجته أو خالتها أو عمتها فإن هذه الصور لا تكون أيضا ظهارا عندهم ، وأما الجمهور فيخالف الحنفية ويعتبر التشبيه بامرأة محرمة عليه تحريما مؤقتا من الظهار .

حكم الظهار : جاءت الشريعة الإسلامية السمحاء بإبطال ظهار الجاهلية ، وإلغاء أثره من التحريم المؤبد ، ولم يجعله طلاقا بل اعتبره منكرا من القول وزورا ، فالعرب فى الجاهلية كانوا يظاهرون من نسائهم بغرض تحريم زوجاتهم عليهم تحريما مؤبدا لإيذائهم ، فالمرأة المظاهر تظل معلقة فلا هى زوجة ولا هى مطلقة ، وظل الأمر هكذا حتى وقعت أول حادثة ظهار عند المسلمين عندما ظاهر أوس بن الصامت من امرأته

خولة بنت مالك بن ثعلبة فنزلت آيات الظهار فى سورة المجادلة قال تعالى : " قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ، الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور ، والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم " فقد قرر المولى سبحانه كفارة على المظاهر إذا أراد الرجوع لامرأته ومعاشرتها ، وقد اختلف الفقهاء فى تفسير قوله تعالى : " ثم يعودون لما قالوا " أى فى سبب وجوب الكفارة على النحو الآتى :

أ- الظاهرية : الكفارة لا تجب إلا إذا كرر الظهار وأعاده مرة أخرى ، والظهار فى المرة الأولى لا كفارة فيه عندهم ، بدليل نص الآية المذكور ، وقد رد الجمهور عليهم بأن الرسول كان يقضى بالكفارة عند ثبوت الظهار دون سئواله للمظاهر عن واقعة الظهار هل هى الأولى أم الثانية .

ب- ويرى البعض : أن المراد به : العزم على الوطء مع الاحتفاظ بزوجته فى عصمته .

جـ- ويرى البعض : العزم على الوطء مع رجوعه عن الظهار [٧] ، وهذان قولان لمالك ، وبهذا الرأى قال أبى حنيفة وأحمد بن حنبل .

د- ويرى الشافعية : إمساكها فى عصمته بعد ظهاره ، ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمنه الكفارة ، لأن إقامته زمانا يمكن أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام إرادة الإمساك منه أو هو دليل ذلك . وعلى ذلك فيحرم على المظاهر أن يحيا مع امرأته إلا بعد التكفير ، لأن هذا هو موجب الظهار ، باتفاق الفقهاء ، لكنهم اختلفوا فيما دون الجماع من القبلة أو النظر أو اللمس بشهوة ، فمالك وأبوحنيفة قالا بحرمة ذلك ، والشافعي وأحمد لم يحرؤما ذلك ، ويرجع سبب الاختلاف إلى اختلافهم فى تفسير قوله تعالى : " من قبل أن يتماسا " . وإذا قام المظاهر

(٧) استدل المالكية على قولهم الثانى المشهور بالآتى : ١- أن المفهوم من الظهار هو أن وجوب الكفارة فيه إنما يكون بإرادته العودة إلى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هى إما الوطء نفسه ، وإما العزم عليه وإرادته .

٢- أنه ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى فى الآية : " فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا " . ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر .

قالوا : ولو كان العود نفسه هو الإمساك لكان الظهار نفسه يحرم الإمساك فكأن الظهار يكون طلاقا .

بوقاعها قبل أن يكفر فإن عليه استغفار المولى سبحانه وتعالى ، ويجب عليه الامتناع عن ذلك قبل التكفير . الدليل على ذلك : روى أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر وأخبر رسولنا الكريم بذلك فقال له ﷺ : " ما حملك على ما صنعت قال : رأيت بياض ساقها فى القمر ، فقال له الرسول : استغفر الله ولا تعد حتى تكفر " نيل الأوطار للشوكانى .فإن قام المظاهر بالتكفير أصبحت امرأته حلالا له ، ولكن إن امتنع عن التكفير فالمرأة بالخيار : إما أن تصبر على هذا الوضع ، وفى هذه الحالة لا تمكنه من نفسها حتى يكفر ، وإما ألا تصبر على ذلك فيحق لها أن تلجأ إلى القاضى لكى يخيره بين أمرين لا ثالث لهما : إما أن يكفر وإما أن يطلق لدرء الظلم الذى أوقعه الظهار بالمرأة ، وللقاضى أن يستخدم كل وسيلة ممكنة لإجباره على تحديد موقفه بصراحة ، ومن ذلك تعزيره بالحبس أو الضرب ، وإن ادعى المظاهر أنه كفّر صدق فى دعواه ما لم يكن مشهورا بالكذب .

مسألة : لو ظاهر منها مرة ثانية قبل أن يكفر : الواجب عليه كفارة واحدة ، سواء صدر الظهار الثانى بعد الأول فى مجلس واحد او مجالس متعددة ، وسواء نوى بالثانى تأكيد الأول أم لا ، لأن الظهار الثانى حينما صدر كانت المرأة محرمة عليه من الظهار الأول ، لذا لم تجب به كفارة اليمين بالله تعالى ، ولكن إن ظاهر ثم كفّر ثم ظاهر مرة ثانية فحينئذ تجب عليه كفارة

للظهار الثاني ، لأن الثانى صدر منه بعد أن أصبحت حلاله بالتكفير .

ويلزم التنويه إلى أن الكفارة هنا مرتبة : أى لا ينتقل إلى الخصلة إلا بعد عجزه عن الخصلة الولى وهكذا ، فكفارة الظهار بالإجماع ثلاثة أنواع : إعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا .

الفصل الثالث

الإيلاء

الإيلاء لغة : اليمين مطلقا . يقال فى اللغة : آلـى يولـى إيـلاء إذا حلف سواء كان على ترك قربان زوجتـه أم حلـف علـى أمـر آخر .

وشـرعا : الحلـف علـى تـرك وطء الزوجـة أكثر مـن أربعـة أشهر . لقوله تعالى : " للذين يؤلـون مـن نسـائهم تربـص أربعـة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطـلاق فـإن الله سميع عليم " . كـان النـاس فـى الجاهليـة يسـتخدمونه لإيقـاع الأذى والضرر بالمرأة بـالحلف ألا يقربهـا مـدة طويلـة كسـنة أو سـنتين ، بـل كـانوا يكـررون ذلـك فتتصـل المـدد ببعضهـا فكأنــه تحريم مؤبد ، والمرأة فى هذه الحالة لا حول لهـا ولا قـوة ، فـلا هى زوجة متمتعة بحقوقها ولا هى مطلقة فتتزوج من آخر ، لـذا أنزل المولى سبحانه وتعالى هذه الآيات ليدفع الظلم الواقـع علـى المرأة من جراء ذلك ، فجعـل مـدة الإيـلاء قصيرةوخـير الـزوج فيها بين أمرين لا ثالث لهمـا ، إمـا أن يرجـع عـن يمينـه ويكفـر كفارة اليمين وترجع الحياة الزوجية الطبيعية بينهمـا أو يطلقهـا ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان .

وقد يقول قائل : لماذا لم يحـرم المولـى الإيـلاء نهائيا ، لأنـه يلحق الضرر بـالمرأة حتـى فـى مـدة الأربعـة أشـهر . والإجابـة

يسيرة : في معظم الأحوال يكون الإيلاء نوعاً من التأديب لامرأته ، إذا كانت تأتي بأفعال تنفره من الاقتراب منها ، فهجرها بهذه الوسيلة يجعلها تغير من مسلكها وتعدل عمّا ينفره منها ، فتصفو حياتهما مما يعكّرها .

وقد يلجأ الرجل إلى هذا الطريق – الإيلاء – لعلاج نفسه من الفتور والملل والزهد الذى اكتنفه تجاه امرأته ، ليعود إليها برغبة متجددة وشوق عارم فتسير الحياة الزوجية في مجراها الذى رسمه المولى سبحانه وتعالى ، فإذا مضت هذه المدة دون علاج ناجع لحالته النفسية ، أو لم تقلع المرأة عن أسلوبها المنفر قام بتطليقها .

اختلف الفقهاء في مدة الإيلاء على النحو الآتي :

أ- يرى بعض الفقهاء ومنهم مالك : أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر ، فالفيء – الرجوع عن الحلف – يكون بعد الأربعة أشهر .

ب- ويرى البعض ومنهم أبو حنيفة : أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فقط ، والفيء يكون في هذه المدة .

جـ- ويرى البعض : أن الإيلاء لا يشترط فيه مدة محددة ، فالشخص يكون موليا حتى وإن كانت مدة الإيلاء أقل من أربعة أشهر ، ولكن يمنح أجلا إلى انقضاء الأربعة أشهر من وقت اليمين .

د- يرى عبد الله ابن عباس : أن المولى من حلف ألا يصيب امرأته على التأبيد ويرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء إلى أن الآية عامة في وقت الفيء وفي صفة اليمين ومدته ، والقانون أخذ برأى الحنفية .

ألفاظ الإيلاء : صريح وكناية : فاللفظ الصريح هو الدال على المقصود من غير احتمال لمعنى آخر . مثال ذلك : والله لا أجامعك أو لا أقربك أو لا أغتسل لك من جنابة وما شابه ذلك ، فهذه الألفاظ صريحة في الإيلاء ، ولا يقبل ادعاؤه في أنه لم يقصد ايلاء وإنما قصد أمرا آخر .

والكناية هي اللفظ الذى يحتمل الإيلاء وغيره . مثال ذلك : والله لا أمسك ، لا أنام في فراش واحد معك وما شابه ذلك ، فهذا لا يعتبر من الإيلاء إلا بوجود النية عنده لذلك ، ولذا إذا ادعى أنه لم يرد الإيلاء صدق في دعواه .

والإيلاء يكون باللفظ المنجز وتبدأ المدة بعد انتهائه منه مباشرة ، وقد يكون معلقا على حدوث أمر آخر وتبدأ المدة من وقت تحقق الشرط ، وقد يكون مضافا لزمن وتبدأ المدة بدخول أوّل لحظة منه ، هذا عند الجمهور ، ويرى البعض ومنهم الحنابلة إلى أن لفظ الإيلاء لا يكون إلا منجزا .

شروط الإيلاء : الشرط الأول : أن يكون الحالف - المولى - زوجا مكلفا قادرا على الوطء ، وزاد الصاحبان اشتراط إسلام

الزوج المولى ، فالإيلاء لا يصح من غير مسلم لأن الكفارة المترتبة على الإيلاء عبادة ، والعبادات لا تصح منهم ، وخالف الإمام أبو يوسف ومحمد - الصاحبان - لأن غير المسلم أهل للطلاق ، وعلى ذلك فإذا حلف ألا يقرب زوجته أربعة أشهر ونفذّ هذا اليمين طلقت ، وإن حنث فى يمينه لم تلزمه كفارة لأنه ليس أهلا للكفارة ، لأنها عبادة .

الشرط الثانى : أن تكون المولى منها - المحلوف عليها - زوجة للمولى حقيقة أو حكما ويقصد بعبارة الزوجة حكما : المطلقة طلاقا رجعيا ولم تنته عدتها بعد ، فالمطلق إذا جامعها فى العدة كانت رجعة بالفعل عند الحنفية ، هذا عند الحنفية .

ويزيد بعض الفقهاء شروطا أخرى : منها : الحلف باله تعالى أو بصفة من صفاته فإذا حلف بلفظ آخر ، كأن حلف بالطلاق أو بالكعبة أو بالرسول أو ما شابه ذلك فإنه لا يكون موليا لأن عبد الله ابن عباس قال فى تفسير آية الإيلاء : يحلفون بالله لكن توجد رواية لأحمد بن حنبل بأنه يكون موليا ، لأنها يمين يلزم بالحنث فيها حق فيصح الإيلاء بها كاليمين بالله تعالى .

ومنها : أن يحلف على ترك الوطء فى الفرج ، لأنه الذى يحصل الضرر به ، فإن حلف على ترك الوطء فى الدبر فلا يكون موليا لأنه لا ضرر فيه .

حكم الإيلاء : إذا آلى الرجل من زوجته كما شرحنا : فإما أن يفيء في هذه المدة أى يقوم بمخالطتها وجماعها أو لا يفيء ، فالحكم إذا له حالتان :

الحالة الأولى : إذا قام بجماعها قبل مضى الأربعة أشهر فإن الإيلاء يكون باطلا وعليه كفارة الإيلاء ، أى كفارة اليمين إن كان الحلف باسم من أسماء الله أو صفة من صفاته ، بشرط أن يكون قادرا على جماعها ، فإن كان عاجزا عن الجماع طيلة مدة الإيلاء لعذر كأن كان مريضا أو بعيد عنها بالسفر ، أو كانت مريضة أو صغيرة ، وفاء بالقول فلا تلزمه كفارة يمين لأنه لم يقر بها بالفعل وبالتالى فإن المحلوف عليه لم يقع منه فلا حنث ، وإنما اعتد بالفيء القولى لرفع الظلم عنها بالقول لأنه لا يقدر على ما سواه .

الحالة الثانية : التزام المولى بيمينه طيلةو مدة الإيلاء : فى هذه الحالة لا كفارة عليه لأنه لم يحنث فى يمينه ولكنها تطلق منه طلقة بائنة بمجرد انقضاء مدة الإيلاء عند الحنفية ، ودون ما حاجة إلى تلفظه بالطلاق أو صدور حكم من القاضى به ، ولقد خالف الجمهور الحنفية فى مسألة وقوع الطلاق بمضى المدة : وقالوا : بأن الزوج إذا لم يفيء إلى امرأته بعد انتهاء مدة الإيلاء وجب عليه أن يطلقها فإن امتنع عن إيقاع الطلاق قام القاضى بتطليقها جبرا عنه إذا تقدمت إليه زوجته طالبة الطلاق ، والطلاق عندهم رجعى لا بائن كما يقول الحنفية ، لأن الأصل

فى الطلاق أن يكون رجعيا حتى يرد دليل من الشارع باعتباره بائنا ، ولكنهم متفقون مع الحنفية فى أن الفىءفى مدة الإيلاء يوجب الكفارة لأنه حنث فى يمينه . والقضاء عندنا يأخذ بالرأيين معا : أى تكون المرأة محل الإيلاء مطلقة كما يقول الحنفية ولكن الطلاق رجعى لا بائن كما يقول الجمهور فنصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فتقول : " إن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما استثنى " والطلاق الواقع بالإيلاء ليس منها فيتفق المعمول به فى الأمرين مع مذهب الأوزاعى فى أن الطلاق يقع بمضى المدة رجعيا .

الباب الرابع

العدة وأنواعها وأحكامها

سنتحدث فى هذا الباب عن تعريف العدة وأسبابها وحكمة مشروعيتها فى الفصل الأول ، وأنواعها فى الفصل الثانى ، وفى تحول العدة من نوع إلى نوع آخر فى الفصل الثالث ، وفى مبدأ العدة وانتهائها فى الفصل الرابع ، وفى حقوق المعتدة وواجباتها فى الفصل الخامس .

الفصل الأول

تعريف العدة وأسبابها وحكمة مشروعيتها

تعريف العدة : لغة الإحصاء . يقال عددت ركاب القطار أى أحصيت عددهم ، وتطلق العدة ويراد بها المعدود . ومنه قوله تعالى : " إن عدة الشهور عند الله اثنى عشر شهرا فى كتاب الله منها أربعة حرم " (٨).

شرعا : أجل حدده الشارع للمرأة التى حدثت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب يمنعها من أن تتزوج فيه بغيره . فالمرأة المعتدة يجب عليها الانتظار طيلة مدة العدة دون زواج جديد حتى تنقضى هذه العدة .

---

(٨) التوبة آية " ٣٦ " .

أما الزوج فلم يقرر له الشارع عدة ، لذا فإن له الزواج بغيرها فى أى وقت يشاء ، إلا إذا كانت المرأة التى اختارها للزواج محرمة عليه تحريما مؤقتا ، فمن طلق امرأته لا يجوز له التزوج بأختها إلا بعد انقضاء عدتها ، وكذا بنت أختها أو عمتها أو خالتها أو بنت أخيها من المحرمات عليه تحريما مؤقتا . ونفس الحكم يطبق إذا كان متزوجا بأربع وقام بتطليق إحداهن ، فلا يجوز له أن ينكح امرأة أخرى إلا بعد انقضاء عدة مطلقته لكى لا يكون فى عصمته أكثر من أربع نسوة .ويلزم التنويه إلى أن انتظار الرجل فى الصورة الأخيرة هى المتحققة فيه معنى العدة ، أما الصورة الأولى فلا يمنع من التزوج فى هذه المدة إلا بالمحرمة عليه تحريما مؤقتا كما شرحنا ، أما باقى النساء فيجوز له التزوج منهن أثناء عدة مطلقته ، دون حرج أو مانع ، هذا إذا كان الطلاق رجعيا ، لأن الزواج الأول باق حكما ، باتفاق جميع الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فى الطلاق البائن فالجمهور يجيزون له التزوج فى العدة ، أما الحنفية فلا يفرقون بين الطلاق الرجعى والطلاق البائن .

الأدلة على مشروعية العدة : من القرآن والسنة والإجماع :
لقد أنزل المولى سبحانه وتعالى آيات بينات موضحات لجميع أنواع العدد ومقدارها ، وسنذكر هذه الآيات عند الحديث عن كل نوع منها .

وأما السنة : فقد وردت أحاديث كثيرة مؤكدة لما جاء بالكتاب العزيز منها : قوله ﷺ : " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلى على زوج أربعة أشهر وعشرا " ورد فى نيل الأوطار . وقوله ﷺ : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يغشى رجلان امرأة فى طهر واحد " .

وأما الإجماع : فالصحابة والتابعين وجميع الفقهاء أجمعوا على وجوب العدة ، ولكنهم اختلفوا فى بعض قضاياها .

سبب وجوب العدة : إن الفرقة بين الزوجين هى السبب الرئيسى لوجوب العدة على المرأة ، فإن كانت الفرقة لوفاة الزوج ، ونكاحهما صحيح وجبت العدة على المرأة ، سواء حدثت الوفاة قبل الدخول بها أو بعد الدخول .

وأما ما إن كان نكاحهما فاسدا [٩]. ننظر : إن كانت الوفاة قبل الدخول لا عدة على هذه المرأة ، وإن كانت الوفاة بعد الدخول الحقيقى وجبت العدة عليها ، ويطبق هذا الحكم على

---

(٩) النكاح الفاسد أمثلته كثيرة منها : ما تخلف فيه شرط من شروط الصحة كعدم الشهود أو تزوج الأخت فى عدة أختها ، أو تزوج المعتدة فى أثناء عدتها ، أو تزوج الخامسة فى عدة الرابعة ، وأما الوطء بشبهة فمن صوره : جامعة امرأة وجدها فى فراشه ظانا أنها زوجته ، أو تزوج امرأة غيره وهو لا يعلم أنها متزوجة فإنها تحرم على الأول حتى تنقضى عدتها من الثانى بعد التفريق بينهما وتعود إليه .

الوطء بشبهة ، قال تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهم أربعة أشهر وعشرا " (١٠).

وإن كانت الفرقة بين الزوجين بطلاق أو فسخ فإن العدة تجب على المرأة المدخول بها حقيقة أو حكما (١١). فى نكاح صحيح ، وأما إذا كانت غير مدخول بها فلا تجب عليها العدة ، قال تعالى : " **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها** " (١٢).

ويلزم التنويه إلى أن أحكام العدة تطبق على المرأة اليهودية أو المسيحية – الكتابية – إذا تزوجت من مسلم .

حكمة مشروعية العدة : يرى الجمهور أن لها أكثر من **حكمة ، وتخلفها أو تخلف بعضها فى بعض الصور لا ينقضها ، لأن الحكمة لا تكون مطردة فى جميع الأفراد ونستطيع تلخيصها فى السطور الآتية :**

١- التأكد من براءة الرحم من الحمل فى الفرقة بعد الدخول بها ، لمنع اختلاط الأنساب ، والفطرة البشرية توحى بذلك بدليل أنها كانت معروفة عند العرب فى الجاهلية ولكن

---

(١٠) البقرة آية " ٢٣٤ " .

(١١) اختلف الفقهاء فى الدخول الحكمى أى الخلوة الشرعية : فبعضهم يرى وجوب العدة بهذه الخلوة ، وبعضهم : لا يرى وجوبها .

(١٢) الأحزاب آية " ٤٩ " .

الشريعة وإن كانت قد اعترفت بها وأقرتها ولكن بعد تخليصها مما كان مضرا بالمرأة .

٢- العدة تؤكد أهمية العقد الذى يعد من اخطر العقود وأعظمها شأنا ، لذا شرع المولى العدة وهى مدة انتظار واختبار لكلا الزوجين ، فقد يراجع الزوج نفسه بعد حدوث الطلاق فيقرر إعادتها إلى عصمته دون عقد أو مهر جديدين إذا كان الطلاق رجعيا ، أو بعقد ومهر إذا كان الطلاق بائنا ، والزوجة أيضا فى حاجة ملحة إلى هذه الفترة لمراجعة حياتها الماضية وما فيها من إيجابيات وسلبيات لكى تتلافى الثانية وتنمى الأولى ، لأن التسرع فى زواج جديد ربما يلحق بها أبلغ الضرر خاصة وأن العصمة بيد الرجل .

٣- عدة المتوفاة فرصة عظيمة للمرأة لكى تظهر وفائها لزوجها ، وذلك بترك التزين والتجمل ، وهذا هو المتفق مع المروءة ومكارم الأخلاق ، أما التسرع فى ارتباطها بآخر عقب موت زوجها فليس من المروءة فى شىء ، هذا بالإضافة إلى الآثار النفسية الخطيرة التى يتركها هذا التصرف عند أصهار الأمس أى أقارب الزوج الأول الذين يعانون من فقده ، إذ كيف يتسنى لها أن تعيش حياة جديدة هانئة فى الوقت الذى يظلل الحزن على منازل أهل الزوج الأول مما يولد العدواة والحقد بين الأسرتين ، لعدم وفاء الزوجة لزوجها الأول .

الفصل الثانى

أنواع العدة

النوع الأول : معتدة بالحمل : فتنقضى عدتها بوضع الحمل دون التقيد بمدة معينة . لقوله تعالى : " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " (١٣).

بالاتفاق بين الفقهاء : عدة الحامل وضع حملها سواء فارقت زوجها بطلاق أو فسخ ، أما المتوفى عنها زوجها فقد اختلفوا فى عدتها : فالجمهور يرى : أن عدتها هى وضع الحمل لأن نص الآية السابقة – الخاص بعدة المرأة الحامل – عام يشمل المعتدة من طلاق أو فسخ والمعتدة من وفاة زوجها ولو لم يمض على فراقه إلا ساعة واحدة . واستدلوا بما روته سبيعة الأسلمية : انها كانت تحت سعد بن خولة ، وتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل فلم تنشب أن وضعت حملها ، فلما انقلبت من نفاسها ، تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك ، فقال : لعلك ترجين النكاح ، إنك والله لست بناكح حتى يمر عليك أربعة أشهر وعشرا ، قالت : فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك ، " فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملى ، فأمرنى بالتزوج إن بدا لى " . متفق عليه .

---

(١٣) الطلاق آية " ٤ " .

ولأن براءة الرحم لا تحصل فى الحامل إلا بوضعه فكانت عدتها به ، ولا تنقضى إلا بوضع جميع الحمل وانفصاله ، فإن كان حملها أكثر من واحد ، فحتى تضع آخر حملها وينفصل لأن الشغل لا يزول إلا بذلك ، وإن وضعت ما يتبين فيه خلق الإنسان انقضت عدتها لأنه ولد ، فإذا لم يكن مستبين الخلقة بأن كان علقة أو مضغة غير مخلقة فلا تنتهى العدة بوضعه ، لأنه لا يعلم كونه ولدا بل يحتمل أن يكون ولدا وأن لا يكون فيقع الشك ، والعدة لا تنتهى بالشك وإنما باليقين .

ويرى البعض : أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تكون بأبعد الأجلين أى أن عدة هذه المرأة لا تقل عن أربعة أشهر وعشرا ، فإذا كانت المرأة المتوفى عنها زوجها حاملا ووضعت حملها لأقل من أربعة أشهر وعشرا فإن عدتها لا تنقضى بوضع الحمل وإنما باكتمال العدة المذكورة ، وأما إن وضعت حملها بعد انقضاء هذه المدة فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل ، والقائلين بهذا الرأى جمعوا بين آيتين الحمل والوفاة ، ويروى أن على بن أبى طالب وابن عباس قالا ذلك .

<u>النوع الثانى</u> : معتدة بالقروء : بالاتفاق بين الفقهاء : عدة المرأة المدخول بها الحائل وهى من ذوات الحيض تعتد ثلاثة قروء إذا طلقها زوجها ، قال تعالى : " فالمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " . ولكنهم اختلفوا فى معنى القرء لأنه من

المشترك اللفظى الذى يدل على الطهر والحيض ، فيرى الحنفية والحنابلة أن المراد بالقرء الحيض ، واستدلوا على ذلك بالآتى :

١- قال ﷺ فى رواية ابن عمر : " طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان " .

٢- وقال ﷺ : " تدع الصلاة أيام أقرائها " . رواهما أبو داود .

٣- وقال ﷺ لفاطمة بنت ابى حبيش : " فإذا أتى قرؤك فلا تصلى ، وإذا مرّ قرؤك فتطهرى ، ثم صلى ما بين القرء إلى القرء " رواه النسائى .

ويرى الشافعية والمالكية والظاهرية : أن المراد بالقرء الطهر ، واستدلوا على ذلك بالآتى :

١- القرء بمعنى الطهر تجمع على قروء ، وأما القرء بمعنى الحيض فتجمع على أقراء . وحكوا بذلك عن ابن الأنبارى اللغوى الشهير .

٢- الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذى يراد به الحيض لما ثبت فى العدد الذى يسبقه تاء التأنيث – ثلاثة قروء – لأن تاء التأنيث لا تثبت فى جميع المؤنث فيما دون العشرة .

٣- أن الاشتقاق يدل على ذلك : لأن القرء مشتق من قرأت الماء فى الحوض أى جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، وهذا هو أقوى دليل عندهم ووفقا لرأى الحنفية الذى يطبق فى معظم الدول الإسلامية : فإن المرأة إذا طلقت فى طهر فإن عدتها لا تنقضى إلا بعد الانتهاء من الحيضة الثالثة ، وإن طلقها فى حيض فإن هذه الحيضة لا تحتسب بل لابد من مرور ثلاثة حيضات كاملة بعد التى طلقها فيه ، وإن كان المطلق آثم لأن طلاقه من الطلاق البدعى المحرم ، لأنه يؤدى إلى إطالة العدة .

ويلزم التنويه إلى أن المرأة هى المرجع فى انقضاء العدة بشرط أن تكون الفترة التى مضت تحتمل ثلاث حيضات وهى ستون يوما عند الإمام أبى حنيفة وهو الذى عليه الفتوى .

النوع الثالث : العدة بالأشهر : وتحتها ثلاث صور :

إحداهن : الآيسة من المحيض والصغيرة والتى لم تحض بعد ، إذا طلقها زوجها فى حياته وبعد دخوله بها ، عدتها ثلاثة أشهر ، قال تعالى : " واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن " [١٤]. وقد جعلت مدة العدة هنا ثلاثة أشهر لأنها قائمة مقام ثلاث حيضات ، فهى

---

(١٤) الطلاق آية " ٤ " .

إذن بدل عنها ، والدليل على ذلك : أن الآيسة [١٥]. او الصغيرة لو نزل عليها الحيض فإن العدة تنتقل إلى القروء ويلغى اعتبار الأشهر ، هذا بالإضافة إلى أن المرأة تحيض كل شهر مرة ، والثلاث حيضات في ثلاثة أشهر . هذا هو مذهب الحنفية والحنابلة : سواء كانت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة في النكاح الصحيح ، وبعد الدخول أو الوفاة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة ، ويجب التنويه إلى أن القانون لم يتعرض لعدة الصغيرة ، لأنها ممنوعة من الزواج قبل السادسة عشرة وبالتالى فهى من ذوات الحيض ، وإذا تزوجت بالمخالفة لذلك فزواجها فاسد وبالتالى لا يجب عليها العدة إلا إذا فارقها زوجها بعد الدخول الحقيقى .

فإن طلقها زوجها فى أول الشهر فعدتها ثلاثة أشهر بالأهلة حتى وإن نقص بعضها عن ثلاثين يوما ، وإن طلقها فى أثناء الشهر فيرى الجمهور أن تعتد شهرين بالهلال وشهر بالعدد أى يكمل من الشهر الرابع .

وأما الإمام فيرى أن عدتها تسعين يوما تحتسب من يوم طلاقها .

---

(١٥) اختلفوا فى حد الإياس : فالبعض : سن اليأس غير مقدر لاختلافه باختلاف النساء فيفوض إلى المرأة . والبعض : يرى أنه مقدر منهم من يرى أنه خمس وخمسون كالحنفية ومنهم من يرى أنه خمسون كالحنابلة ومنهم من يرى أنه ستون إذا كانت قرشية .

الثانية : المكتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا : فعدتها أربعة أشهر وعشرا سواء أكان مدخولا بها أم غير مدخول بها . لقوله تعالى : " **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** " (١٦). وقال النبى ﷺ : " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا " متفق عليه . وهذه العدة متفق عليها بين الفقهاء ، وسواء كانت المعتدة من وفاة صغيرة أم كبيرة ، وسواء كان الزوج بالغا أم لا ، ولقد اجتهد الفقهاء فى البحث عن الحكمة فى هذا التقدير فقالوا : إن هذه الفترة كافية لاتضاح حالتها من الحمل وعدمه ، فالجنين يمر بمراحل متعددة وأطوار عدة . قال تعالى : " **ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة فى قرار مكين ، ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين** " (١٧). فالجنين يظل أربعون يوما نطفة ، ثم أربعون علقة ثم أربعون مضغة ثم تنفخ فيه الروح ، هذا بالإضافة إلى أن هذه المدة هى أقصى مدة تتحملها المرأة بعيداً عن زوجها .

وتحتسب العدة بالأهلة إذا كانت بدايتها فى أول الشهر العربى ، وتنقضى بانتهاء اليوم العاشر من الشهر الخامس ، وإذا

---

(١٦) البقرة آية " ٢٣٤ " .

(١٧) المؤمنون الآيات " من ١٢ إلى ١٤ " .

كانت بدايتها فى أثناء الشهر ففيها نفس الخلاف السابق : الإمام مائة وثلاثون يوما ، والبعض يكمل الشهر الأول من الخامس وما بينهما بالأهلة .

وهذه العدة للمرأة المتوفى عنها زوجها فى نكاح صحيح ، أما إذا كان النكاح فاسدا أو موطوءة بشبهة فليس لها الاعتداد بهذه العدة ، لأن المولى قرر هذه العدة لإظهار الأسف على نعمة الزواج وهو لا يكون إلا فى العقد الصحيح .

<u>الثالثة</u> : التى تطلق ولا تحيض وهى فى سن الحيض : أى التى يرتفع حيضها وهى لا تدرى ما رفعه ولم تبلغ سن اليأس : اختلف الفقهاء : فالجمهور يرى : أنها تبقى أبدا منتظرة الدخول فى سن اليأس من المحيض ثم تعتد بالأشهر الثلاثة . واستدلوا لرأيهم : بظاهر قوله تعالى : " واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر " فالتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة .

ويرى مالك : أنها تنتظر تسعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مرّ بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدّت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مرّ بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن

حـاضت الثالثـة فـى الثلاثـة الأشـهر ، تكـون قـد اسـتكملت عــدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل .

الفصل الثالث

تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

فى بعض المسائل تجب العدة على المرأة بنوع معين ، وأثناء سريانها تطرأ عليها ما يلزمها بأن تعتد بنوع آخر ، وسنفصل ذلك فى القضايا الآتية :

أ- إذا كانت المرأة صغيرة أو آيسة فإن عدتها ثلاثة أشهر ولكن قبل انتهاء الثلاثة أشهر فاجأها الحيض فإن الحنفية فى الراجح عندهم يوجبون عليها استئناف العدة من جديد بثلاث حيضات ، لأن الاعتداد بالأشهر لعدم وجود الحيض ، فهى بدل عن الحيضات الثلاث ، وطالما وجد الأصل فإن بدلها يسقط ، وبالتالى يطبق عليه النص القرآنى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " فالعدة بالقروء هى الأصل فى العدة . ولكن إذا فاجأها الحيض بعد اكتمال عدتها بالأشهر فليست مطالبة بشىء بعد ذلك لأنها أكملت العدة البدل قبل وجود الأصل ، كمن يتيمم لانعدام الماء وصلى ثم وجد الماء بعد انقضاء وقت الصلاة ، فى هذه الحالة لا يجب عليه الوضوء وإعادة صلاته .

ب- وهذه الصورة عكس الأولى : امراة من ذوات الحيض ودخلت فى العدة لوجود سببها ، وبعد أن حاضت مرة أو مرتين وصلت إلى سن اليأس وبالتالى لم تكتمل العدة ،

فالحنفية يقولون بوجوب تحولها إلى العدة بالأشهر واستئناف عدة جديدة مدتها ثلاثة أشهر ، فالعدة يجب أن تكون كاملة وحيث أنها لم تكتمل بالقروء لأنها بلغت سن اليأس ، فلتكملها بالأشهر الثلاثة وهى عدة الآيسة .

جـ- طلقت امرأة طلاقا رجعيا وفى أثناء العدة توفى زوجها ، فى هذه الحالة تنقلب عدتها إلى عدة وفاة ، أى تتحول هذه المرأة من العدة بالقروء إلى العدة بالأشهر ، مدتها أربعة أشهر وعشرا ، بدايتها وقت وفاة زوجها ، فهذه المطلقة لم تنقض زوجيتها بل إن لها جميع حقوق الزوجة طالما بقيت عدتها ، لذا فإنها ترثه . لكن إذا طلقت طلاقا بائنا ، وفى أثناء العدة توفى زوجها ، فلا يجب أن تتحول من عدتها إلى عدة وفاة ، لأن هذا النوع من الطلاق يزيل الملك ، والزوجية منتهية تماما به ، لذا فإنها لا ترثه إلا فى حالة مستثناة وهى : إذا كان الطلاق للفرار من ميراثها فى مرض موته ، بغير رضاها ، ومات أثناء العدة فإنها ترثه ، ولكنهم اختلفوا فى تحول عدتها : فالإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن يريان : أن عدتها تكون أبعد الأجلين ، عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فالعدة الأطول تكون هى عدتها ، فإن كانت عدتها بالأشهر تحولت عدتها إلى عدة وفاة تحتسب من وقت الوفاة ، وإن كانت من ذوات الحيض تنظر : فإن حاضت الثلاث حيضات قبل انتهاء عدة الوفاة ، فعدتها تمام هذه المدة أى أربعة أشهر وعشرا ، وإن اكتملت عدة الوفاة قبل أن تتم ثلاث حيضات ،

فإن عدتها لا تنقضى إلا بإتمام الثلاث حيضات ، وهذا الرأى هو المعمول به قضاء وفتيا .

ويرجع السبب فى القول بوجوب أطول العدتين عندهما للمواءمة بين اعتبارين :

الاعتبار الأول : أنها مطلقة طلاقا بائنا ، وعلى ذلك فهى ليست زوجة وقت الوفاة ، لذا لا تجب عليها عدة الوفاة ، بل تجب عليها عدة الطلاق .

الاعتبار الثانى : أنها ترث من زوجها والميراث لا يكون إلا للزوجة ، لذا اعتبرت الزوجية قائمة حكما وقت وفاة زوجها ، لذا تجب عليها عدة وفاة ، وللمواءمة بين هذين الاعتبارين : قالا بوجوب أبعد الأجلين لتداخل العدتان فى بعضهما البعض .

ويرى أبو يوسف : أن المرأة المذكورة تعتد بعدة الطلاق فقط ، لأن الزوجية انقطعت تماما بالطلاق البائن ، فهى حين وفاة مطلقها لم تكن زوجة له ، واعتبار الزوجية قائمة حكما لمعاملة الزوج بنقيض مقصوده ، لذا يقتصر على الميراث ولا يتعداه إلى العدة .

د- والمرأة الممتدة الحيض : ويقصد بها : المرأة التى وجب عليها العدة بالقروء ، لأنها من البالغات ، ولكن استمر دم الحيض فى التدفق والاندفاع دون توقف ، ولم تتمكن من تحديد أيام حيضها من أيام طهرها ، سواء كانت عادتها

معلومة ، أم لا ، أو لها عادة معروفة ونسيتها ، ويطلق عليها الفقهاء : المتحيرة ، فاستمرار نزول الدم جعلها فى حيرة من أمرها ، مما أدى إلى اختلاف الفقهاء فى حكمها :

فالحنفية لهم رأيان : الأول : وهو المفتى به فى المذهب : يجب على هذه المتحيرة أن تعتد بسبعة أشهر تبدأ من تاريخ حدوث الفرقة بينها وبين زوجها ، ولقد احتسبت على الوجه الآتى : إن أقصى مدة للحيض عشرة أيام مضروبة فى ثلاث حيضات ، فاناتج ثلاثون يوما أى شهر ، وإضافة شهران لكل طهر أى أربعة أمثال أقل مدة للطهر وهى خمسة عشر يوما احتياطا ، أى أن جملة الثلاثة أطهار ستة أشهر ، فيكون المجموع سبعة أشهر كاملة ، وليس لهم دليل مقبول على رأيهم هذا .

والرأى الثانى : يجب أن تعتد بثلاثة أشهر فقط : استنادا إلى أن معظم النساء يأتيهن الحيض مرة كل شهر ، وهذا الرأى هو الراجح فى نظرى لقوة مستنده ، بالإضافة إلى أنه رافع للحرج والمشقة عن النساء المتحيرات .

هـ- المرأة الممتدة الطهر : ويقصد بها : المراة التى شاهدت الحيض ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام وهى أقل مدة للحيض ، ثم انقطع الدم عنها واستمر طهرها بعد ذلك ، فإذا قام زوجها بتطليقها أو فسخ نكاحها ، فإن عدتها ثلاث حيضات لأنها من ذوات الحيض ، فرؤيتها للحيض ولو مرة

واحدة ، جعلها من ذوات القرء ، فليس لها أن تعتد بغيره لاحتمال نزول الحيض عليها فى أى لحظة مرة أخرى ، فإذا نزل عليها انقضت عدتها بثلاث حيضات وإذا لم ينزل عليها فإنها تظل على انتظارها حتى تصل لسن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر . هذا هو ما يراه الحنفية وطبقته المحاكم ردحا طويلا من الزمن ، حتى كثرة الشكوى من إساءة استخدام المطلقات من هذا النوع لذلك ، فيتعمدن إنكار الحيض لكى تطول عدتهن فيأخذن النفقة طيلة هذه السنين دون وجه حق ، مما حدا بالمشرع إلى البحث عن حل لهذه المشكلة ، فعالجها فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى المادة الثالثة منه ، فأخذ بمذهب المالكية الذين يرون : أن المرأة إذا انقطع حيضها لأى سبب فإنها تنتظر تسعة أشهر من تاريخ طلاقها ، للتأكد من براءة رحمها لأنها مدة الحمل غالبا ، فإذا انقضت هذه المدة ولم يظهر بها حمل ، اعتدت بثلاثة أشهر ، كالآيسة من الحيض ، فإن مضت هذه المدة ولم تر دم الحيض ، انقضت عدتها وأصبحت حلا للزواج من غيره ، ولكن إذا جاءها الحيض فى أثناء السنة المذكورة ، ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء لا حيض فيها ، فإن تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو فى آخر يوم منها انتظرت السنة الثالثة أو تمام سنة بيضاء فتكون العدة ثلاث سنوات وهى أطول عدة .
وإن انقطع حيضها بسبب الرضاع فإن عدتها تنقضى بمضى

سنة بيضاء بعد انتهاء زمن الرضاع ، وهو سنتان ، فإن نـزل عليهـا دم الحيض فـي هذه السـنة ولـو فـي آخـر يـوم منهـا انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء ، فإن اكتملت هذه السنة ولم ينزل عليها دم الحيـض انقضـت عدتهـا ، وإن رأت الدم فيها ولو في آخـر يـوم فيهـا انتظـرت الحيضـة الثالثـة أو تمام سنة بيضاء فإن حاضت الثالثة أو مضت السـنة البيضـاء انتهت عدتها . ولكن هذا الحـل أيضـا لـم يعـالج المشـكلة مـن أساسها ، لأن المرأة تستطيع أيضا في ظل مذهب المالكية أن تدعي عدم انقضـاء عدتهـا وتحصـل علـى نفقـة طويلـة الأمـد مدتها ثلاث سنوات ، إن لم تكن مرضعة ، وخمس سنوات إن كـانت مرضعـة ، لـذا أعـاد المشـرع مناقشـة هـذا الموضــوع ونـص فـي المـادة السـابعة عشـر مـن القـانون رقـم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ " لا تسمع الدعوى بنفقة عدة بمدة تزيد على سـنة مـن تاريخ الطلاق " وحدد السنة بـ ٣٦٥ يوم ، ولقد بنى المشـرع رأيه على تقرير الطب الشرعي الـذي أثبـت فيـه ، أن أقصـى مدة للحمل سنة ، وعلى أن لولي الأمر أن يمنـع القضـاة عـن سماع الدعوى التي شاع فيها التزوير والاحتيـال ، لـدرء هـذه المفسدة عن المتقاضين . وبـالنظر فـي هـذا القـانون نجـد أنـه عـالج مسـألة نفقـة العـدة ، التـي كـانت محـل الشـكوى ، ولــم يعـرض للمسـائل الأخـرى ، كانتهـاء العـدة أو بقائهـا ولا حـل تزوجها برجل آخر أو عدم حله ، فهذه المسائل متروكة لخلق المرأة ودينها لأنها متعلقة بها لا بمطلقها ، فإذا ادعت انقضـاء

عدتها فادعاؤها صحيح طالما كانت تتسع المدة لثلاث حيضات ، والمدة التى تسع ذلك ستون يوما على الأقل .

الفصل الرابع

بداية العدة ونهايتها

أولا : إن كانت الفرقة بعد انعقاد الزواج صحيحا فإن احتساب العدة يكون بعد وقوع العدة مباشرة ، حتى ولو لم تعلم بها المرأة ، ويستوى أن يكون موت زوجها قبل الدخول أو بعده ، أو الطلاق بعد الدخول أو فسخ العقد بعد الدخول ، وعلى ذلك فابتداء العدة مرتبط بوقت حصول سبب العدة ، لا من وقت علم الزوجة بها ، بل إن العدة قد تنقضى قبل علمها بالفرقة ، فالعدة كما هو معلوم مدة محددة من الشارع الحكيم بعد وجود سببها لذا فهى لا تتوقف على العلم بها . ولكن لو أقامت الزوجة دعوى أمام القضاء تقول فيها أن زوجها طلقها فى وقت آخر حددته ، يجب على القاضى أن يسأل الزوج فى صحة هذا الادعاء ، فإما أن يقرّ بصحته أو ينكره ، فإن أقرّ بصحة ادعائها أو صدقها ، فإن بداية العدة تكون من الوقت الذى ادعته المرأة لا من وقت الإقرار أو التصديق ، هذا إذا لم يكن متهما فى إقراره أو تصديقه ، فإن كان فى أحدهما تهمة ، احتسبت بداية العدة من وقت الإقرار أو التصديق لنفى التهمة ، مثال ذلك : اتفاق الزوج مع زوجته على الإقرار بادعائها أو تصديقه لها لكى تصير امرأة أجنبية بمجرد انتهاء عدتها قبل حدوث الوفاة من مرض الموت الذى يعانى منه ، لكى تحصل على الدين الذى أقرّ لها به حال

مرضه ، ومن المعروف أنها لن تتمكن من ذلك مع قيام الزوجية بينهما .

مثال آخر : قد يكون تصديقه لها فى دعواها للوصول إلى غرض آخر هو : التزوج بأختها أو عمتها أو خالتها أو غيرهم من المحارم الذين لا يجوز الجمع بين زوجته وأحدهم فى العدة .
وإما أن ينكر الزوج ادعائها : فإذا أقامت الزوجة بينة على ما تدعيه ، حكم لها القاضى بصحة دعواها ، وكانت بداية العدة من الوقت الذى قال به الشهود لا من وقت حكمه ، وإن لم تستطع إحضار الشهود لتأييد دعواها حكم القاضى برفض ادعائها .

ثانيا : وإن كانت الفرقة بعد انعقاد الزواج فاسدا : فإن بداية العدة من وقت متاركته لها بإظهار نيته وعزمه على عدم الاقتراب منها ، أو من تاريخ حكم القاضى بالتفريق بينهما ، أو من تاريخ موته مباشرة .

ثالثا : وأما الموطوءة بشبهة : فتبدأ عدتها عند تبينه أنها ليست زوجته وأنها لا تحل له ، لأن السبب فى وجوب العدة عليها هو جماع هذه المرأة معتقدا أنها زوجته ، هذا هو ما يراه الحنفية وما يطبقه قضاؤنا .

وأما انتهاء العدة : إذا كانت العدة بالأشهر فتنتهى بغروب شمس آخر يوم من هذه العدة .

وإذا كانت العدة بالقروء : فإنها تنتهى بانقطاع دم الحيضة الثالثة ، هذا عند من يفسر القرء بأنه الحيض ، ولكن إذا ادعت المرأة أنها أكملت الثلاث حيضات فلا تصدق إلا إذا مضت مدة تحتملها ، وأقلها عند الإمام مضى ستون يوما وعند الصاحبين تسعة وثلاثون يوماً .

وأما عند من يفسر القرء بأن الطهر ، فإن العدة تنتهى برؤية دم الحيضة الثالثة ، ولكن إذا ادعت المرأة أنها أكملت عدتها بالأطهار الثلاثة فإنها لا تصدق إلا إذا مضت مدة تحتملها وهى ستة وعشرون يوما ولحظتان ، واللحظة الأولى من العدة والثانية ليست منها لأنها هى التى يرى فيها دم الحيضة الثالثة ، وبالتالى فهى علامة وأمارة على انتهاء العدة .

وإذا كانت العدة بوضع الحمل : فإنها تنتهى بنزول معظم الحمل إذا كان واحدا حيا أو ميتا ، وإذا كان أكثر من واحد ، فإن انقضائها مرتبط بنزول آخر توأم ، لأن الحمل اسم ينصرف لجميع ما فى البطن ، بالاتفاق بين فقهاء الحنفية .

قضايا متفرعة على هذا الفصل :

أ- إذا طلقت المرأة طلاقا رجعيا ثم روجعت فى عدتها ، ثم قام زوجها بتطليقها مرة ثانية بعد مراجعتها ، فإن الواجب عليها استئناف عدة جديدة سواء دخل بها بعد مراجعتها أم لا ،

لانتهاء العدة الأولى بالرجعة ، هذا هو رأى الجمهور ، ويرى البعض : تستكمل عدتها من طلاقها الأول .

ب- وإذا طلقت امرأة طلاقا بائنا مرة أو مرتين بعد دخوله بها ، ثم عقد عليها فى العدة ودخل بها ثم قام بتطليقها ، فإن الواجب عليها استئناف عدة جديدة بالإضافة إلى حقها فى جميع المهر . ولكن إذا لم يدخل بها بعد عقده عليها ثانية ، وقام بتطليقها فقد اختلف الحنفية فى ذلك : فالشيخان - الإمام وأبو يوسف - يقولان : بأن الواجب عليها عدة جديدة ولا يلتفت إلى العدة السابقة ولا يبنى عليها ، ولها مهر كامل ، لأنه بعقده عليها مرة أخرى عادت إلى حالتها السابقة أى مدخول بها ، فطلاقها بعد عقده عليها طلاق بعد الدخول حكما ، لذا يجب عليها عدة مستقلة ، مع إعطائها جميع مهرها .

ويرى محمد بن الحسن : أنه يجب عليها إكمال العدة السابقة ، ويجب لها نصف المهر المسمى أو المتعة ان لم يكن قد سمى لها مهرا فيه ، لأنها طلقت قبل الدخول لذا يجب عليها إتمام العدة الأولى لأنها وجبت عليها بعد الدخول بها ، والزواج الثانى لم يسقطها وبالتالى يجب عليه إتمامها ، ولكن الراجح هو رأى الشيخان ، ويجرى عليه العمل فى محاكمنا .

جـ- إذا وجبت على المراة العدة لسبب ثم وجب عليها عدة اخرى لسبب آخر اختلف الفقهاء فى ذلك : فالحنفية يرون :

إلى تداخل العدتين أى تعتد للسبب الثانى عدة كاملة ، ويدخل ما بقى من العدة الأولى فيها ، لأن الغرض من العدة التأكد من براءة الرحم لكيلا تختلط الأنساب ، واجتماع السببين معا لا يؤدى إلى إيجاب عدتين بل يكفى واحدة فقط لأنها تفى بالغرض . وهذا الحكم يطبق عندهم سواء كانت العدتان لرجل واحد ، كما إذا وطئها بشبهة فى عدتها منه بالطلاق ، أم كانت العدتان لرجلين كما إذا كان الواطىء بشبهة رجل آخر غير المطلق ، وسواء أكانت العدتان من جنس واحد أو من جنسين .

ويرى البعض الآخر : عدم تداخل العدتان : فيجب عليها أن تكمل العدة الأولى ثم تجب فى الثانية وتنتهى منها ، فالأصل عندهم تعدد المسبب لتعدد السبب .

ويرى البعض : أن العدتان تتداخلان إذا كانت لرجل واحد ، ولا تتداخل العدتان إذا كات لرجلين مختلفين . ورأى الحنفية فى رأيى هو الأرجح لن الهدف من العدة وهو براءة الرحم يتحقق بالتداخل بين العدتين .

الفصل الخامس

حقوق المعتدة وواجباتها

أولا : حقوق المعتـدة : أهم حقوقها هي النفقة وقد اختلف الفقهاء في بعض صورها ، وسنفصل القول في هذه المسألة على النحو الآتي :

أ- المعتدة من طلاق رجعي : اتفق الفقهاء على إعطائها النفقة كاملة من طعام وكسوة وسكنى ، حاملا أم غير حامل ، لأن زوجيتها باقية وقائمة ، فهذا النوع من الطلاق لا يترتب عليه زوال ملك الاستمتاع ، بشرط عدم نشوزها قبل العدة أو أثنائها ، لقوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " ولقوله تعالى أيضا : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " (١٨).

ب- المعتدة من فرقة نكاح فاسد أو وطء بشبهة : اتفق الفقهاء على عدم إعطائها نفقة نهائيا بجميع أنواعها ، حاملا أم غير حامل ، لأن هذا النوع من النساء لا يستحق نفقة ما قبل التفرقة بينهما أو الوطء المذكور ، لأن العلاقة بينهما غير مشروعة ولا يقرهما الشارع عليها ، فمن باب أولى ألا تجب لها نفقة بعد الحكم بالتفريق بينهما في النكاح الفاسد .

---

(١٨) الطلاق آية " ٦ " .

جـ- المعتدة من طلاق بائن : اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو الآتى :

الرأى الأول : يرى الحنفية : وجوب النفقة لها بأنواعها الثلاثة لقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته " فالنص عام يشمل الزوجات والمطلقات بطلقة بائنة أو رجعية ، وقوله تعالى : " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " ، وقوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقول عليهن " . الناظر فى هذه الآيات يجد أنها تدل على إبقاء الحال على ما هو عليه للمعتدة قبل الطلاق ، ولأن النفقة وجبت للزوجة بسبب حبسها لحق الزوج ، وهذا الاحتباس موجود بعد إيقاع الطلاق عليها ، لذا يجب إعطائها النفقة بعد طلاقها لوجود سبب الوجوب كما ذكرنا .

الرأى الثانى : يرى الحنابلة والظاهرية وأبو ثور وإسحاق : عدم وجوب النفقة لها بجميع أنواعها ، فلا سكنى ولا طعام ولا كسوة . واستدلوا : بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت : " طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله ﷺ فلم يجعل لها سكنى ولا نفقة " [١٩]. وفى بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : " إنما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة " . وهذا الحديث قد رده عمر بقوله : " لا تدع كتاب ربنا وسنة نبينا

---

(١٩) صحيح مسلم فى الرضاع / ١٠٣ وما بعدها ، وأبو داود فى الطلاق / ٣٩ ، والترمذى فى الطلاق / ٥ .

لقول امرأة لا ندرى أحفظت أم نسيت " ويريد بذلك قوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " ولأن المعروف من سنته ﷺ انه أوجب النفقة حيث تجد السكنى .

الرأى الثالث : يرى المالكية والشافعية وبعض الفقهاء : أن للمطلقة المذكورة السكنى فقط ، فلا كسوة ولا طعام لها ، واستدلوا : بحديث فاطمة بنت قيس السالف ذكره ، وفيه قال رسول الله ﷺ فى روايته : ليس لك عليه نفقة [٢٠]. وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم ، ولم يذكر فيه إسقاط السكنى فبقى على عمومه فى قوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم " . وعللوا أمره ﷺ بأن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بأنه كان فى لسنها بذاء .

د- المعتدة من وفاة : يرى الحنفية وهو الراجح : أن هذه المعتدة لا تجب لها النفقة بجميع أنواعها ، سواء أكانت حاملا أم غير حامل ، لأن مال الزوج قد انتقل بعد وفاته إلى الورثة ، ولا يمكن إيجابها على الورثة ، لأن العدة أثر من آثار عقد الزواج ، والورثة ليسوا طرفا فيه ، هذا بالإضافة إلى أن آثار هذا العقد لا تنصرف إلى غير الزوج ، كما أن النفقة المذكورة للمعتدة من وفاة لم تصر دينا حتى توفى من تركته .

---

(٢٠) أخرجه أحمد فى مسنده ٤١٢/٦ وما بعدها .

هـ- وأما المعتدة بسبب فسخ عقد النكاح : فالحنفية يفرقون بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوج فإنه يكون ملزما بالنفقة ، ويستوى أن يكون السبب مباحا كخيار البلوغ أو الإفاقة ، أو محظورا كفعله ما يوجب حرمة المصاهرة كأن يرتكب الزنا مع أحد أصول الزوجة أو فروعها ، أو إبائه – أى امتناعه – عن الإسلام أو ارتداده عن الإسلام ، فالنفقة إذا واجبة عليه ، وسواء فرق القاضى بينهما أو حدث التفريق بغير حكم منه .

ومن الصور التى توجب النفقة أيضا : إذا فسخ عقد النكاح بسبب من قبل الزوجة بشرط ألا يكون محظورا كخيار البلوغ أو الإفاقة ، أو إذا قامت المرأة بتزويج نفسها دون استئذان وليها بمهر يقل عن مهر المثل ، فالفسخ هنا يأخذ حكم الطلاق البائن فى جميع أحكامه .

الحالة الثانية : إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوجة فإنه يكون ملزما بإسكانها فقط بشرط أن يكون السبب محرما ، كما إذا ارتدت عن الإسلام إو إبائها الدخول فى الإسلام بعد إسلام زوجها ولم تكن من أهل الكتاب ، أو فعلها المحرم مع أحد أصول زوجها أو فروعه بإرادتها واختيارها ، مما يترتب عليه حرمة المصاهرة .

ويرجع السبب فى سقوط الطعام والكسوة لأن فيها معنى الصلة ، وبارتكابها المعصية الموجبة للفرقة ، فإنها لا تستحق هذه الصلة بل يجب توقيع العقوبة الشرعية المقررة ردعا لها .

وقد يقول قائل : لماذا أسقط حقها فى الطعام والكسوة فقط ، ولم تسقط السكنى ، الإجابة سهلة ويسيرة هى : أن الطعام والكسوة يسقطان لأنهما حقان خالصان لها ، أما السكنى فحق من الحقوق المشتركة بينها وبين المولى ، وحق المولى لا يسقط بارتكابها معصية ، ولذا لو أبرأت المرأة زوجها عند المخالفة ، من جميع أنواع النفقة ، انصرف هذا الإبراء إلى الطعام والكسوة فقط لأنهما من حقوقها الخالصة تتصرف فيها كيفما شاءت ، أما السكنى فلا تملك التنازل عنها أو إسقاطها لأنها من الحقوق المشتركة كما ذكرنا . هذا هو راى الحنفية .

خلاصة القول فى هذه المسالة : أن النفقة إذا وجبت للمعتدة فى أى حالة من الحالات التى فصلناها ، فإنها تأخذ أحكام نفقة الزوجة : من حيث تقديرها وفى صيرورتها دينا أم لا ، وفى الأسباب المسقطة لها ، وما يجرى عليه العمل عندنا : أن النفقة للمعتدة دين صحيح من تاريخ طلاقها أو فسخ عقدها ، ولا تسقط إلا بالداء أو الإبراء ، وهذه النفقة لا تستحق لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الفسخ كما ورد فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ صراحة .

وأما المتعة : يقال : متّع الرجل أى وصلها ببعض الخير ، جبرا لوحشة الفراق ، فالمتعة تطلق على كل ما يعطيه الرجل لمطلقته بعد التفريق بينهما من مال أو جهاز للتخفيف عنها ، فالمتعة مشروعة لورود نصوص قرآنية بها : قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا " (٢١). وقال تعالى أيضا : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " (٢٢). وقال تعالى أيضا : " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " (٢٣). فالمتعة المذكورة تكون من حق الزوجة بشرط أن يكون سبب من جهة الزوج ، لأنها إن كانت من قبل الزوجة فلا متعة لها كالمختلعة ، ومن طلبت التفريق من القاضى للإعسار .

حكمة المتعة : إن الطلاق بيد الرجل ، فإذا أقدم على تطليق امرأته كان من حقها الحصول على متعتها من لتعويضها عن استقلاله بإنهاء عقد النكاح ، وللتخفيف من الأذى والمرارة التى تلحق المرأة من جراء ذلك ، هذا بالإضافة إلى أنه برهان على

---

(٢١) الأحزاب آية " ٤٩ " .

(٢٢) البقرة آية " ٢٤١ " .

(٢٣) البقرة آية " ٢٣٦ " .

تقديره لها ، ودليل على أن الطلاق كان لأمر قاهر لا لشك أو ريبة .

وفى ذلك يقول الإمام محمد عبده فى تفسير المنار : " إن فى هذا الطلاق غضاضة وإيهاما بأن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه شيء منها ، فإذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة لنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به ، لا من قبلها لأن الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة فجعل هذا التمتيع كالمرهم لجرح القلب لكى يتسامع به الناس ، فيقال : إن فلانا لم يطلقها إلا لعذر ، وهو آسف عليها معترف بفضلها لأنه رأى عيبا فيها أو رابه شيء من أمرها .

آراء الفقهاء فى المتعة : اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة آراء :

يرى الجمهور : أن المتعة واجبة لبعض المطلقات فقط ، ويرى الظاهرية أن المتعة واجبة لجميع المطلقات ، ويرى مالك : أن المتعة مندوب إليها . ورغم اتفاق الجمهور على وجوبها لبعض المطلقات اختلفوا فى ذلك :

فالإمام أبو حنيفة : يرى وجوبها على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى ، فالمتعة تعويض بدلا عن نصف المهر ، لأنه إذا كان سمّى لها مهرا فلها فى هذه الحالة نصفه .

واستدل لرأيه : بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن يراحا جميلا " [٢٤]. فاشترط المولى المتعة مع عدم المساس ، وقال تعالى : " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " [٢٥]. فعلم أنه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس . لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى ألا تجب لها المتعة ، لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، فإذا أخذت نصف الصداق لم يجب لها شيء .

ويرى الشافعي وجوبها لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمّى لها وطلقت قبل الدخول . واستدل الشافعي لرأيه : بقوله تعالى : " **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** " [٢٦]. يحمل الأمر الوارد بالمتعة في الآية على العموم في كل مطلقة إلا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول .

واستدل الظاهرية بالآتي : حملوا الأمر في الآية على العموم في كل مطلقة .

---

(٢٤) الأحزاب آية " ٤٩ " .

(٢٥) البقرة آية " ٢٣٧ " .

(٢٦) البقرة آية " ٢٣٦ " .

وأما مالك : فحمل الأمر الوارد في الآية على الندب لقوله تعالى : " حقا على المحسنين " أى على المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب .

مقدار المتعة : إن الآية الكريمة لم تحدد مقدارها : على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فمقدارها إذا مرتبط بحال الزوج يسارا وإعسارا ، والعرف له دور كبير في تحديدها ، والأفضل أن يعطى الرجل لمطلقته المقدار الذى يدخل البهجة على نفسها ، طالماكان قادرا ومستطيعا ، لأن هذا من شيم المؤمنين الطامعين فى الحصول على رضا المولى سبحانه وتعالى .

هل على المطلقة المعتدة إحداد : اختلف الفقهاء فى ذلك : ويرى مالك أن هذه المطلقة ليس عليها إحداد .

بعض احكام محكمة النقض :

عدة المطلقة :

انقضاء عدة الزوجة بالقروء ، القول قولها بيمينها ، مدة السنة التالية للطلاق ، هو الحد الأقصى لادعائها عدم انقضاء عدتها فى دعوى الإرث . م ١٧ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

لما كان المقرر فى فقه الأحناف الواجب العمل به طبقل لنص المادة ٢٨٠ من لائحة الأحكام الشرعية ، ان انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة وقد ائتمنها الشرع على الإخبار به فالقول فيه قولها بيمينها متى كانت المدة بين الطلاق وبين المدة الذى تدعى انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك ، وكان النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض احكام الأحوال الشخصية على أنه " لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق " يدل على أن المشرع قد جعل مدة السنة التالية للطلاق حدا تصدق فيه المطلقة التى توفى عنها زوجها فيما تدعيه من انقضاء عدتها ، وكان الثابت أن المطعون ضدها طلقت رجعيا من زوجها قبل وفاته بأقل من سنة وأنكرت رؤيتها ثلاث حيضات كوامل حتى وفاته وحلفت اليمين على ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقيتها للميراث يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى عليه

بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال على غير أساس . (نقض ١٩٨٠/٤/٩ طعن ٨ س ٤٩ ق) .

عدة المطلقة . المنازعة فى مضى مدتها . القول قولها بيمينها .

الراى عند الحنفية أنه إذا ادعى المطلق بمضى عدة مطلقته وكذبته قبل قولها بحلفها إذ الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها والقول فيه قولها بيمينها . (نقض ١٩٦٧/٣/٢٩ طعن ١٨ س ٣٥ ق ، نقض ١٩٦٢/٥/٢٣ طعن ٢٩ س ٢٩ ق) .

الطلاق والرجعة مما يستقل بها الزوج ، أما العدة وأحوال الخروج منها وانتقالها مما تنفرد به الزوجة وائتمنها الشرع عليه .

الطلاق والرجعة مما يستقل به الزوج إن شاء راجع وإن شاء فارق ، أما العدة فمن أنواعها وأحوال الخروج منها وانتقالها مما تنفرد به الزوجة وائتمنها الشرع عليه (نقض ١٩٦٢/٥/٢٣ طعن ٣٩ س ٢٩ ق) .

الحيض :

الحيض . الجدل فيه موضوعى .

الجدل فى أن المطعون عليها من ذوات الحيض المنتظم هو جدل موضوعى لا يتسع له نطاق الطعن بطريق النقض . (نقض ١٩٦٩/٣/٣٩ طعن ١٨ س ٣٥ ق) .

إياس المرأة :

إياس المرأة . حده . بلوغها سن ٥٥ شرطه . انقطاع الدم لمدة ستة أشهر قبل أو بعد مدة الإياس . عدة الآيسة . ثلاثة أشهر . إذا عاودها الدم بالإقراء . القول فى انقضاء عدة المرأة هو قولها فى مدة تحتمل الانقضاء فى مثلها .

المفتى به فى مذهب أبى حنيفة أن حد إياس المرأة خمس وخمسون سنة – وقيل الفتوى على خمسين – وشرطه أن ينقطع الدم عنها لمدة طويلة ، وهى ستة أشهر فى الأصح ، سواء كان الانقطاع قبل مدة الإياس أو بعد مدته ، فإن هى بلغت الحد واستوفت الشرط حكم بإياسها واعتدت بثلاثة أشهر ، فإن عاودها الدم على جارى عادتها قبل تمام هذه المدة انقضت عدة الأشهر واستأنفت العدة بالإقراء ، وأن القول فى انقضاء عدة المرأة هو قولها بانقضائها فى مدة يحتمل الانقضاء فى مثلها ، وهو ما اختارته لجنة وضع قانون الأحوال الشخصية حيث نصت فى البند الثالث من الفقرة ج من المادة ١٦٥ من مشروع القانون على أن " من بلغت الخمسين فإنها تعتد بثلاثة أشهر إن كان الحيض قد انقطع عنها ستة أشهر قبل الخمسين أو بعدها "

(نقض ١٩٧١/١/٦ طعن ٣٠ س ٣٦ ق ، نقض ١٩٦٢/٥/٢٣ طعن ٣٩ س ٢٩ ق) .

القسم الثالث

حقوق الأولاد والأقارب

وسنتحدث فى هذا القسم عن النسب فى الباب الأول ، وعن الرضاع فى الباب الثانى ، وعن الحضانة فى الباب الثالث ، وعن الولاية فى الباب الرابع ، وعن نفقة الأولاد والأقارب فى الباب الخامس .

تمهيد : لقد سبق أن ذكرنا أن من مقاصد الزواج التوالد والتكاثر ، فالإنسان فطرَ على حب الولد والمال ، قال تعالى : " زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث ذلك متاع الحياة الدنيا والله عنده حسن المئاب " [1]. فتكوين أسرة مؤمنة متحابة ، يتعاون أفرادها على الخير ، ويساند بعضهم بعضا ، غاية كل مسلم ، وقد أطلق الشارع على هذا الرباط الجامع بين أفراد الأسرة : النسب وهو حق مشترك بين الولد وأبويه ، فبالنسب يدفع الولد عن نفسه المهانة والذل والضياع ، وبه يحفظ الأب ولده من أن ينتسب إلى غيره ، وتدرأ الأم عن نفسها وسمعتها العار والاتهامات .

ويتفرع على ذلك حق الولد – ذكراً أو أنثى – فى الرضاع الذى ينميه ويربيه ويغذيه ويحميه من الأمراض والهلاك فى

---

(١) آل عمران آية " ١٤ " .

بداية حياته ، ففى العامين الأولين يكون محتاجا إلى لبن الأم فهو الوسيلة الوحيدة والناجعة لتغذيته ، وبعد ذلك يأتى حقه فى الحضانة ، ثم الولاية ، وفى كل هذه المراحل يكون محتاجا إلى من ينفق عليه لأنه عاجز عن الكسب ، لذا كانت النفقة على والديه ، أو على أقاربه إن كانا فقيرين أو لحقا بالرفيق الأعلى .
لذا قسمت هذا القسم إلى خمسة أبواب كما ذكرت .

الباب الأول

أحكام النسب

مقدمة : لقد اهتم الشارع الحكيم بموضوع النسب اهتماما بالغا ، فنظمه وأوضح قواعده ، بل إنه جعل حفظ الأنساب من مقاصد الشريعة العامة ، ومبادئها الكلية ، ومن مظاهر اهتمام الشارع به : جعله من النعم التى امتن الله بها على عباده ، قال تعالى : " وهو الذى خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا " [٢] ، والمظهر الثانى جعل المولى للنسب سببا واضحا جليا يتفق مع الجنس البشرى الذى كرمه المولى فى كتابه العزيز ، فجعل الاتصال الجنسي بالمرأة بواسطة عقد النكاح أو ملك اليمين ، وأبطل جميع الوسائل الأخرى التى كانت معروفة فى الجاهلية ، كالتبنى ، قال تعالى : " وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل " [٣]. كما لم يجوّز الشارع إلحاق الأولاد من الزنا ، وعاقب المولى الآباء المنكرين لنسب أولادهم بحرمانه من النظر إليه يوم القيامة ، فقد روى أبو هريرة عن النبى ﷺ أنه قال : " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه – أى يعلم أنه ولده – احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين

---

(٢) الفرقان آية " ٥٤ " .

(٣) الأحزاب آية " ٤ " .

والآخرين " ، لأن هذا الجحود يترتب عليه إلحاق الذل والعار بالولد وأمه .

وجعل الشارع انتساب الولد إلى غير أبيه من العقوق الذى يترتب عليه حرمانه من الجنة ، فقال ﷺ : " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة حرام عليه " ، وحرم الجنة على المرأة التى تنسب إلى زوجها ولدا ليس منه ، فقال ﷺ : " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شيء ولن يدخلها جنته " . . . والنسب هو القرابة الموروثة التى لا يد للإنسان فيها ، وهو يطلق على القرابة بالاشتراك فى الأبوين أو فى أحدهما ، يقال بينهما نسب أى قرابة ، والنسب يكون للآباء فقط . والحديث عن النسب يقتضى توضيح آراء الفقهاء فى أقل مدة للحمل وأكثرها ، وكيفية إثبات الولادة عند الاختلاف بين الزوجين فى الفصل الأول ، ثم توضيح الطرق التى يثبت بها النسب فى الفصل الثانى ، ثم توضيح أحكام اللقيط فى الفصل الثالث .

الفصل الأول

مدة الحمل وكيفية إثبات الولادة

اتفق فقهاؤنا على أن أقل مدة الحمل والتى يكتمل فيها الجنين ويولد بعدها حيا هى ستة أشهر . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " (٤). وقال تعالى : " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله فى عامين " (٥). بالنظر فى هاتين الآيتين نجد أن الآية الأولى قدرت الحمل والفصال بثلاثين شهرا أى سنتان ونصف ، وقدرت الآية الثانية الفصال أى الفطام بسنتين ، وبعملية حسابية بسيطة بأن نقوم بطرح مدة الفطام فى الآية الثانية من المدة الإجمالية للحمل والفطام فى الأولى نجد أن الباقى هو ستة أشهر لحمل الجنين .

يؤيد ذلك : واقعة حدثت زمن الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضى الله عنه : فقد روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر من تاريخ الزواج ، فرفع أمرها إلى عثمان بن عفان فهمّ بإقامة الحد عليها ، فقال له عبد الله بن عباس رضى الله عنهما : " إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم أى غلبتكم . قال تعالى : ' وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " . وقال أيضا : "

---

(٤) الأحقاف آية " ٢٥ " .

(٥) لقمان آية " ١٤ " .

وفصاله فى عامين " . فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان الحد عنها ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك . وإذا اعتبرت هذه المدة فى درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات لما قال ﷺ ، اعتبرت أيضا فى إثبات النسب .

واختلف الفقهاء فى أكثر مدة للحمل ، ويرجع سبب اختلافهم إلى عدم وجود نص فى القرآن أو السنة ، وفى ذلك يقول ابن رشد فى بداية المجتهد : واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ، وقال بعض أصحابه : سبع ، وقال الشافعى : أربع سنين ، وقال الكوفيون : سنتان ، وقال محمد بن الحاكم المالكى : سنة . وقال داود : تسعة أشهر ، وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة ، وقول ابن عبد الحكم هو الأقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر .

واستند أبو حنيفة والكوفيون لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : لا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل " . ولو صحّ هذا الأثر عند جميع الفقهاء لاستندوا إليه وقالوا به ، لأن هذه المسألة من المسائل التى لا تعرف إلا بإخبار من المصطفى ﷺ وبالنظر إلى هذه الآراء نجد أنها لا تستند إلى دليل قوى ، بل الغرض منها هو الاحتياط فى إثبات النسب وعدم إهداره وإضاعته . والراجح هو

اللجوء إلى أهل الخبرة فى هذا المجال وهم الأطباء ، وخاصة بعد التقدم الهائل فى أجهزته من أشعة تليفزيونية تراقب مراحل تكوّن الجنين إلى آخره ، وقد صرح الأطباء بأن الجنين لا يمكث فى رحم أمه أكثر من عام كامل أى ٣٦٥ يوما . لذا عدل المشرع المصرى عن رأى أبى حنيفة وأخذ بذلك وهو ما يقول به محمد بن الحكم المالكى ، وهكذا أغلق الباب أمام بعض النسوة الذين كانوا يتحايلون على النص السابق فى وقائع كثيرة ترتبت عليها مفاسد كثيرة .

كيفية إثبات الولادة بعد إنكارها : يرى الحنفية : إذا كان الحمل ظاهرا أو كان الزوج معترفا به ، أو ورثته بعد وفاته ، فالمرأة فى هذه الحالة لا تحتاج إلى إثبات بل يكتفى بقولها فقط ، لأن الحمل المفضى إلى الولادة ثابت بظهور أماراته أو الاعتراف به ، لذا يثبت ما يفضى إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة به .

وأما إذا كان الحمل غير ظاهر ولم يعترف الزوج به ، فإن قولها لا يكفى وإنما يجب عليها إثبات حملها بالبينة أى الشهود ، ويفرق الإمام بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كانت المدعية زوجة أو معتدة من طلاق رجعى فيكتفى بشهادة امرأة عادلة . الحالة الثانية : إذا كانت المدعية معتدة من طلاق بائن أو معتدة من وفاة فيجب شهادة كاملة أى شهادة امرأتين عادلتين ، لأن هذه الشهادة سيترتب

عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق والمتوفى بالإضافة إلى إثبات الولادة ، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة : لأن المرأة بعد الولادة تكون مقرّه بانقضاء عدتها ، وبمجرد انقضائها تصبح أجنبية ، ودعوى النسب من أجنبية لابد لإثباتها من بينة كاملة .

وأما محمد بن الحسن وأبو يوسف صاحب أبى حنيفة : فتثبت الولادة عندهما فى جميع الحالات السابقة بشهادة امرأة عادلة فقط ، فالزوج منكر للحمل أو الولادة وبالتالى فإن المرأة محتاجة إلى إثبات حملها أو ولادتها ، ويكتفى فى ذلك بشهادة امرأة عادلة فقط ، فهذه الأمور من المسائل التى لا يطلع عليها الرجال . واستند فى ذلك إلى أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة القابلة ، وروى عن الزهرى أنه قال : مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن . ويجب التنويه إلى أن رجالا كثيرين احترفوا أمراض النساء والولادة ، فهؤلاء الأطباء تقبل شهادتهم فى الولادة وعيوب النساء وكذا أى رجل آخر شاهد الولادة كمساعدى الأطباء من الممرضين وغيرهم بشرط ألا يكون متعمد النظر لأغراض أخرى وإلا كان فاسقا مردود الشهادة .

وأما المالكية فيشترطون شهادة امرأتان فى إثبات الولادة ، وأما الشافعية : فيشترطون أربع نسوة لإثباتها .

الفصل الثانى

الطرق التى يثبت بها النسب

سنتحدث فى هذا الفصل عن الفراش والإقرار والبينة وهى الوسائل التى يثبت بها النسب ، وذلك فى ثلاثة مباحث متتالية .

المبحث الأول

إثبات النسب بالفراش

الفراش لفظ يكنى به عن زوجة الرجل ، أو يقصد به ما بين الرحل وامرأته من علاقة شرعية ، بل إن جرير قال بإطلاقها على الزوج : " باتت تعانقه وبات فراشها " . ولكن الفراش يطلق فى الأصل على البسط التى تفرش على الأرض للجلوس أو النوم عليه قال تعالى : " وفرش مرفوعة ، إنا أنشأنهن إنشاء فجعلناهن أبكارا ، عربا أترابا ، لأصحاب اليمين " (٦). ففى هذه الآيات كنّى المولى بالفراش عن النساء وهن الحور العين . وعلى ذلك فالفراش يراد به هنا : الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد ، فإذا ولدت المرأة بعد عقد نكاحها ثبت نسبه من زوجها وألحق به دون ما حاجة إلى إقرار منه أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك ، بشروط سنوضحها فى حينه ، قال ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " . وفى

---

(٦) الواقعة الآيات من " ٣٤ : ٣٨ " .

البخارى : " الولد لصاحب الفراش وللعاهر الحجر " ، وللعاهر الحجر أى الرجم بالحجارة إن كان محصنا أو الخيبة والخسران ، ولا يلحق نسب الولد به حتى إذا طلبه ونازع فيه .

فالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بينة لثبوت النسب له لأن عقد النكاح الصحيح يعطى للزوجين حق الاستمتاع ببعضهما ، فالمرأة لا يستمتع بها غير زوجها ، ولا يجوز لأجنبى أن يستمتع أو يختلى بها خلوة محرمة ، فإذا ولدت ابنا أو بنتا فهو منسوب لزوجها ، وعلى من يدعى غير ذلك أن يثبته ، والقانون يأخذ بذلك لغلق الطريق أمام الذين يدعون نسبة الأولاد إلى غير آبائهم .

شروط ثبوت النسب بالفراش :

١- إمكان حمل الزوجة من زوجها : فإذا كان الزوج صغيرا لا يمكن أن يحدث منه الحمل فإن الزوجة لا تعتبر فراشا ، وبالتالى لا يثبت النسب منه لأنه لا يتصور منه حمل ، وهذا الشرط متفق عليه بين جميع فقهائنا .

٢- إمكان التلاقى بين الزوجين عادة بعد العقد عند جمهور الفقهاء ، فلو انتفى هذا الشرط لا يثبت نسبه للزوج ، أى إذا ولد بعد انقضاء ستة شهور من العقد ، فعقد النكاح أباح للرجل الاتصال الجنسى بامرأته وجعلها فراشا له ، وهذا

الاتصال هو السبب الرئيسى فى الحمل ، فلو انعدم وأتت بولد فلا يلحق نسبه به .

ويرى الحنفية : الاكتفاء بانعقاد العقد لأنه يجعل المرأة فراشا لزوجها ، وهو مظنة الاتصال الجنسى لا يمكن لأحد أن يطلع عليه ، ولكن العقد ظاهر للجميع ومعلن بينهم ، ولذا لو تزوج رجل فى المشرق بامرأة فى المغرب فولدت مولودا بعد مضى ستة أشهر من تاريخ عقد النكاح لألحق نسبه للزوج ، رغم ما بينهما من مسافة كبيرة ، وقد عللوا ذلك : بان الزوج قد يكون من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات ، ولكن هذا الرأى له وجاهته فى نظر البعض وخاصة فى عصرنا بعد تطور وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية ، فقد يركب الزوج الموجود فى أقصى المشرق ويصل لزوجته فى ساعات ، بعد أن كان يقطعها فى شهور ، ففقهاء الحنفية كانوا بعيدى النظر ، فيما قالوه وما افترضوه من مسائل الفقه الافتراضى ، لذا رجحوا الأخذ برأيهم حفاظا على الأسرة والأولاد من الضياع ، ولكن الراجح فى نظرى هو رأى الجمهور : لأن اشتراط إمكان التلاقى يتلاءم مع الواقع الذى نحياه فإذا أثبت رجل عدم التلاقى مع زوجته بعد انعقاد العقد ، كأن عقد عليها بالوكالة أو بالمراسلة ولم يلتق بها إلا بعد سنة من انعقاده ، ثم وجدها قد ولدت طفلا وتدعى انتسابه إليه ، فلا يمكن الأخذ برأى الحنفية فى هذه الصورة وأشباهها ، بادعاء المحافظة عليه من الضياع ، فارتكاب الفاحشة هنا واضح لوجود ثمرتها بين يديها ، فالحق

بيّن لا مراء فيه وهو الأولى بالاتباع ، إذ كيف يتصور أن ينسب طفل لرجل يعلم علم اليقين أنه من الزنا ، ونلزمه بالإتفاق عليه والاعتناء به ، فهذا ظلم واضح له وإضرار به ، والمصطفى يقول : لا ضرر ولا ضرار ، والجمهور قد اشترط مجرد إمكان التلاقى بينهما احتياطا ، لأن معرفة الوطء المحقق من الأمور العسيرة ، واشتراطه يبطل نسب الكثير من الأولاد .

٣- أن تلد المرأة ولدها بعد مضى ستة أشهر على الأقل من تاريخ عقد النكاح عند الحنفية ، وأضاف الجمهور : مع إمكان التلاقى كما أوضحنا ، فأقل مدة للحمل ستة أشهر كما بينا ، هذا إذا كان النكاح صحيحا ، أما إذا كان النكاح فاسدا فاحتساب مدة الستة أشهر من وقت المخالطة فالمرأة لا تثير فراشا إلا بها ، وعلى ذلك فإذا ولدته لأقل من ستة أشهر فإن نسبه لا يلحق بالزوج إلا إذا أقـرّ به ولكن بشرط عدم تصريحه بأنه ناتج من ارتكابه الفاحشة معها ، ففى هذه الحالة يثبت نسبه لاحتمال أنها حملت به قبل العقد الصحيح من عقد صحيح آخر أو من عقد فاسد أو وطء بشبهة ، وإثبات لنسب بإقراره للحفاظ عليه من التشرد والضياع ، بالإضافة إلى ستر الأعراض ، فالنسب هنا ثابت بإقراره لا بالفراش .

٤- أن تلد المرأة مولودها لأقل من أقصى مدة للحمل - وكما أوضحنا اختلاف الفقهاء فى ذلك - من وقت الفرقة بينهما بالطلاق البائن أو الموت - فعند الحنفية : إذا ولدته بعد

سنتين فأكثر من تاريخ الفرقة فإن نسبه لا يثبت لزوجها بالفراش ، لأن الحمل قد حدث بعد انتهاء الفراش يقينا .

وأما إذا كان الطلاق رجعيا : فإن نسبه يلحق بزوجها بصرف النظر عن وقت ولادته ، حتى ولو انقضت سنتان فأكثر من تاريخ الطلاق ، ويفسرون ذلك : بأن العدة قد تطول إذا كان طهرها ممتدا ، فيراجعها بعد الطلاق أثناء العدة ، ويثبت نسبه بالفراش الذى استدامته الرجعة ، ولكن بشرط ألا تقر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه ، لأنها إذا أقرت بذلك لا يثبت نسبه منه .

ويلزم التنويه إلى ما يأخذ به قانوننا فالفرقة : إذا كانت بعد الدخول بالطلاق أو الوفاة فإن كانت المدة بين الفرقة والولادة سنة فأقل ، ثبت نسبه للزوج ، ويعتبر الحمل حادثا وقت قيام الزوجية بينهما ، ولكن إن كانت المدة بين الفرقة والوضع أكثر من سنة وأنكر الزوج نسبه له ، أو أنكر ورثته نسبه إمكان متوفيا ، فلا تسمع دعوى نسبه ، لأن الحمل حادث بعد الفرقة الحاصلة بينهما ، استنادا إلى أن أقصى مدة للحمل سنة . ولكن إذا أقرت المعتدة بالقروء بانقضاء عدتها وكانت المدة تحتمل إقرارها ، فإنه يكون صحيحا ويؤدى إلى انقضاء عدتها ، فإن وضعت ولدا بعد ذلك لأقل من ستة أشهر من تاريخ إقرارها بانقضاء عدتها ، فإن نسبه يلحق بالزوج (المطلق) فى هذه الحالة لوضوح كذبها فى إقرارها بانتهاء العدة .وأما إن وضعته بعد انقضاء ستة أشهر فأكثر ، فإن نسبه لا يلحق بمطلقها لأن

هذه المدة كافية لحدوث حمل جديد فيها ، وبالتالى لا يثبت نسبه منه .

ثبوت النسب فى النكاح الفاسد : يرى محمد بن الحسن أن المرأة فى هذا النكاح تصير فراشا بالدخول الحقيقى لا بالعقد ، فإذا حملت ووضعت ولدا لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقى ، فإن نسبه لا يثبت من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يصرح أنه من الفاحشة ، ولكن إن وضعته بعد ستة أشهر أو أكثر فإن نسبه يثبت من الزوج دون حاجة إلى إقرار منه أو ادعاء ، هذا هو الرأى الراجح فى المذهب الحنفى .

وإذا وضعت مولودها بعد المتاركة – الفراق – لزوجها لأقل من سنتين عند الحنفية أو لأقل من تسعة أشهر أو ستة على خلاف الفقهاء ثبت نسبه ، ولكن إذا ولدته لأكثر من هذه المدة فإن نسبه لا يثبت [٧].

ثبوت النسب فى الوطء بشبهة : إن المرأة لا تصير فراشا بهذا النوع من الوطء بل تكون به شبهة فراش ، لذا إذا أنجبت ولدا منه ، فإن نسبه لا يثبت من الواطىء إلا إذا ادعاه وأقرّ به ، فثبوت النسب فى هذه الحالة بالإقرار لا بالفراش .

---

(٧) ملاحظة : إن الولد الثابت نسبه فى نكاح فاسد لا ينتفى باللعان ، لأن اللعان لا يكون إلا فى النكاح الصحيح ، ولذا قيل : إن الفراش الثابت بالنكاح الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالنكاح الصحيح .

ثبوت النسب بعد الطلاق أو الوفاة : وتحت ذلك ثلاث صور :

١- الصورة الأولى : إذا طلقت قبل الدخول ، ووضعت ولدا بعد انقضاء ستة شهور من تاريخ عقد النكاح ، فإن نسبه يلحق بالزوج عند الحنفية حتى ولو لم تنقضي الستة أشهر من تاريخ الطلاق ، لإمكان حملها منه وقت الفراش (٨). ولكن إن وضعته قبل انقضاء الستة أشهر من تاريخ انعقاد العقد ، فإن نسبه لا يلحق بالزوج عندهم ، لأنها حملت به قبل أن تصير فراشا لهذا الزوج .

وإن وضعته بعد انقضاء ستة شهور من تاريخ الطلاق فإن نسبه لا يلحق بالزوج لاحتمال أنها حملت بهذا الولد من الغير بعد طلاقها ، فالزوجية منقطعة بهذا النوع من الطلاق البائن ، ولا يجب عليها عدة فيه كما شرحنا ، فالقاعدة عندهم : أن كل امرأة لا تجب عليها العدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينا أنه من هذا الزوج ، ودليل ذلك : أن تضعه لأقل من ستة شهور من تاريخ الطلاق . وكل امرأة تجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينا أنه ليس من هذا الزوج ودليل ذلك : أن تضعه لأكثر مدة الحمل وسنفصل ذلك في الصور الآتية :

---

(٨) والفراش يثبت عندهم بمجرد انعقاد العقد كما قلت .

٢- الصورة الثانية : إذا طلقت بعد الدخول : فإما أن تقرّ بانقضاء عدتها قبل الولادة أو لا ، فإذا صدر منها إقرار بانقضاء عدتها فى مدة تحتمل ذلك ، ثم وضعت ولدا بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الإقرار فإن نسبه لا يلحق بمطلقها سواء كانت رجعية أم بائنة ، لأن الحمل قد يكون من غير المطلق بعد انقضاء العدة ، ولكن إن وضعته قبل انقضاء ستة أشهر من تاريخ إقرارها بانقضاء عدتها ، فإن نسبه يلحق بمطلقها لوضوح كذبها فى الإقرار ، لأنها كانت وقته حاملا .
وإذا لم يصدر منها إقرار بانقضاء عدتها قبل الولادة ، ووضعت ولدا قبل مرور سنتين من تاريخ طلاقها ، فإن نسبه يلحق بمطلقها سواء كانت رجعية أم بائنة ، ولكن إن وضعته بعد انقضاء سنتين أو أكثر من تاريخ طلاقها فيفرق فى الحكم بين الطلاق الرجعى والطلاق البائن ، فإذا كان الطلاق رجعيا ثبت نسبه من المطلق ، لاحتمال جماعه لها أثناء العدة .

وأما إذا كان الطلاق بائنا فإن نسبه لا يلحق بالمطلق ، لأن الحمل حدث بعد زوال الفراش - الزوجية - إلا إذا أقر بنسبه ، وفى هذه الحالة يثبت النسب بالإقرار لا بالفراش ، ويحمل هذا الإقرار على أنه جامعها أو وطئها بشبهة أثناء العدة .

٣- **الصورة الثالثة** : إذا توفى عنها زوجها : فإما أن تدعى الحمل أو لا : فإذا ادعت هذه المرأة أنها حامل ، ووضعته قبل مضى سنتين من تاريخ وفاة زوجها ، ألحق نسبه

بزوجها ، لأن فراش الزوجية كان قائما حتى حملت ، ولكن إن وضعته بعد انقضاء سنتين فأكثر من تاريخ وفاة زوجها ، فإن هذا الولد لا يلحق نسبه بزوجها المتوفى ، لأننا تيقنا من حدوث الحمل بعد موته . وإن أقرت بانتهاء عدتها ولم تدع الحمل أى انقضت أربعة اشهر وعشرة أيام من تاريخ وفاة زوجها ، ثم وضعت ولدا قبل انقضاء ستة أشهر من تاريخ انتهاء العدة ، فإن هذا الولد يلحق نسبه بزوجها لاحتمال حبلها منه قبل وفاته ، واتضاح كذبها فى انقضاء عدتها . ولكن إن وضعته بعد انقضاء ستة أشهر فأكثر من تاريخ انتهاء العدة ، فإن هذا الولد لا يلحق نسبه بزوجها لاحتمال حدوث الحمل بعد انقضاء العدة من غير زوجها المتوفى .

خلاصة القول فى هذه المسألة :

١- إن أقصى مدة للحمل عند الحنفية سنتان ، وعلى ذلك فإذا وضعت المطلقة أو المتوفى عنها زوجها ولدا لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة - بالطلاق أو الوفاة - فإن النسب يثبت لهذا الولد بالفراش بمجرد العقد عندهم ، ولا يشترط إمكان التلاقى بين الزوجين عادة ، وقد فصلنا ذلك ، فغياب الزوج عن امرأته قبل الدخول بها أو بعده ، لا يحول دون إلحاق نسب أولادها منه ، طالما وضعتهم أثناء سريان عقد النكاح ، وحتى لو كانت غيبته حقيقية ومؤكدة لا مراء فيها ، وقد كثرت الشكوى من القانون المستمد من هذا الرأى ، مما حدا

بالمشرع المصرى العدول عن مذهب الحنفية الذى ظهرت مفاسد كثيرة من تطبيقه ، وأهم هذه المفاسد : قيام بعض النساء المنحرفات من إلحاق أولاد غير شرعيين بأزواجهن مستغلات المواد القانونية المأخوذة من المذهب الحنفى كما ذكرنا ، وخاصة أن رأيهم لا يستند إلى دليل من قرآن أو سنة أو واقع ، فالأطباء قرروا أن الحمل لا يمكث فى بطن الأم أكثر من عام بأى حال . لذا عدل المشرع القانون المذكور وأخذ برأى محمد بن الحكم الفقيه المالكى القائل بأن أكثر مدة الحمل سنة قمرية ، مع إمكان التلاقى بين الزوجين عادة بعد انعقاد العقد ، وهو ما قال به الجمهور ، وأخذا بالقاعدة الشرعية القائلة : إن لولى الأمر أن يمنع القضاة من سماع الدعاوى التى يكثر فيها الاحتيال والتزوير . فقد نصت المادة الخامسة عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه : " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من حين الطلاق أو الوفاة " . وبالنظر فى هذه المادة نجد : أن المشرع منع سماع الدعوى فقط ، ولم يتعرض للنسب بإثباته أو نفيه ، وقصرت ذلك على حالة واحدة هى : إنكار المدعى عليه للنسب ، وهى الحالى التى كثرت فيها الشكوى لشيوع التزوير والاحتيال فيها .

ويفهم منها أيضا : أن النسب يثبت إذا أقر الزوج به حتى في حالات عدم التلاقى أو الغيبة أو الطلاق ، ولكن إذا أنكره الزوج لعدم التلاقى بينهما من تاريخ عقده عليها أو لغيبته عنها سنة كاملة ، وقامت الزوجة برفع دعوى تطالب فيها بإثبات نسب ولدها ، فالزوج مطالب بإثبات غيبته سنة أو عدم التلاقى معها لكى يحكم القاضى برفض الدعوى (٩) ، وإلا سارت الدعوى في مجراها الطبيعي وقضت بإثبات نسبه منه إذا عجز عن إثبات غيبته أو عدم التلاقى .

المبحث الثانى

إثبات النسب بالإقرار

الإقرار لغة : الثبات والاستقرار والإقامة والاطمئنان ، فيقال : أقرّ أى اعترف به وأثبته . وشرعا : الإخبار بما عليه من الحقوق ، ويشترط لصحته أن يكون المقر بالغا عاقلا مختارا .

والإقرار بالنسب هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر .

---

(٩) ولا يكون من حقها فى هذه الحالة طلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها ولا إقامة البينة محل إثبات النسب .

والقرابة نوعان :

١- القرابة المباشرة وهى الصلة القائمة بين الأصول والفروع كالبنوة والأبوة والأمومة .

٢- قرابة غير مباشرة وهى قرابة الحواشى الذين يلتقون فى أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعا للآخر كالأخوة والعمومة ، وقرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والأحفاد .

لذا فإن الإقرار بالنسب نوعان : النوع الأول : الإقرار بأصل النسب أى إقراره الشخصي بالنسب على نفسه ، مثال ذلك : إقراره بالابن أو البنت أو الأب أو الأم ، أى الإقرار بالأصل المباشر أو الفرع المباشر .

وهذا النوع يثبت به النسب وترتب عليه جميع الآثار ، بل وتتعدى إلى جميع الأقارب دون استثناء ، بشرط أن تتوافر فيه شروط صحة الإقرار ، ولا يجوز له الرجوع عن إقراره بعد صحته ، ولكن فى حالة الإقرار بالبنوة لا يثبت النسب إلا إذا توافرت الشروط الثلاثة الآتية :

١- أن يكون المقرّ له بالبنوة مجهول النسب ، أى شخص لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه إن وجد فى بلد آخر فلو كان المقر له معلوم النسب لغير المقر فإن هذا الإقرار لا يثبت

نسبا جديدا ، فالنسب الثابت لا يقبل إبطالا ولا تحويلا ، ولكن إن كان المقر له ولد المتلاعنين فإن نسبه لا يثبت بإقرار غير الملاعن لاحتمال أن يقوم الملاعن بتكذيب نفسه فيثبت نسبه منه ، هذا بالإضافة إلى أن القول بقبول إقرار غير الملاعن بنسبه يعتبر اعترافا وتسجيلا وتسليما بارتكابهما الفاحشة معا .

٢- أن يكون المقرّ له بالبنوة يولد مثله لمثل المقر ، وذلك بأن يكون الفارق بينهما فى السن يحتمل ذلك ، فإذا كانا متساويين فى السن أو متقاربين فلا يصح هذا الإقرار ، لأن العقل والواقع يشهدان بكذب المقر .

٣- أن يصدق المقر له المقِر فى إقراره إذا كان مميزا ، وأما إذا كان غير مميز فإن النسب يثبت بهذا دون ما حاجة إلى التصديق ، فالإقرار كما نعلم حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى الغير إلا ببينة أو تصديق من الغير ، فالإقرار بالبنوة يترتب عليه ثبوت النسب للمقر وبالتالى يترتب عليه جميع الحقوق والأحكام الثابتة بين الآباء والأبناء ما عدا ثبوت زوجية المقر بأم المقر له لاحتمال أن يكون من وطء بشبهة أو من عقد فاسد ، ولا يمكن ثبوت الزوجية مع أحد هذه الاحتمالات .

ويلزم التنويه إلى أنه يشترط فى ثبوت النسب للمقر له غير المميز : ألا ينازع المقر شخص آخر فى بنوة المقر له ، فإن

حدث نزاع بين الاثنين قضى لصاحب البينة منهما ، وإن عدمت البينة من الاثنين ولا مرجح لأحدهما نسب إليهما عند الحنفية فى الحقوق المالية فقط ، ويرى الشيعة إجراء القرعة بينهما ويحكم بالنسب لمن تخرج له القرعة .

وإذا لم يصدق المقر له المقر فإن النسب لا يكون ثابتا فى هذه الحالة ، لكن تكذيبه للإقرار لا يؤدى إلى بطلانه ، بل يظل قائما طالما بقى المقر حيا لاحتمال رجوع المقر فى موقفه ويصدقه فيثبت نسبه منه ، فالإقرار بالنسب يختلف عن الإقرار بالحقوق المالية فالأول لا يبطل بالرد أما الثانى فيبطل به ، ولكن للمقر أن يثبت ادعاءه بالبينة ، وفى هذه الحالة تكون البنوة ثابتة بالبينة لا بالإقرار .

٤- ألا يصرح المقر بأن المقر له بالبنوة ، ابنا من الزنا ، فإن أفصح بذلك ، فإن نسبه لا يلحق به ، لأن الجريمة لا تصلح أن تكون سببا لنعمة من النعم [١٠]. التى تفضل الله بها على عباده قال تعالى : " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة " [١١].ويقول ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " . فالمقر لا يجب عليه ذكر السبب فى النسب أى بيان سبب البنوة ما عدا المالكية الذين يوجبون عليه بيان سبب النسب إن كان ظاهر الحال يكذبه كأن يكون

---

(١٠) الجريمة هى الزنا والنعمة هى النسب .

(١١) النحل آية " ٧٢ " .

المقر بالبنوة عقيما لا يمكنه الإنجاب أو أن يكون المقر بالبنوة له لقيطا .

وأما إقرار المرأة بالبنوة فيكون صحيحا إذا توافرت فيه شروط ثلاثة :

١- أن يولد مثله لمثلها : وعند الحنفية : أقل فرق بين الأم وابنها تسع سنوات وستة أشهر ، لأنها تحيض عند بلوغها تسع سنين مضافا إليها أقل مدة للحمل .

٢- أن يصدقها المقر له إن كان مميزا عند البعض ، وبالغا عند البعض الآخر .

٣- ألا يكون للمقر له أما معروفة ، فالابن لا يكون له أمان من النسب ، ولكن قد يكون له أم من النسب وأم من الرضاع .

وإقرارها بالنسب يقتصر عليها ولا يتعداها إلى غيرها إلا إذا صدقها أو أقامت البينة أى أن هذه المرأة إما أن تكون معتدة أو زوجة أو ليست بزوجة ولا معتدة ، فإن كانت معتدة من زواج صحيح أو فاسد وأقرت بأن هذا الولد ابنها ولكن ليس من هذا الزوج ، ثبت نسبه منها بهذا الإقرار لأنها أهل للالتزام بالنسب كالرجل ، وإن ادعت أنه من زوجها فإن نسبه لا يثبت من هذا الزوج إلا بتصديقه لها أو بإقامة البينة على أنه قد ولد على فراشه بشهادة القابلة أو الطبيبة أو امرأة أخرى عادلة ، ففى هاتين الصورتين يثبت نسب الولد من الاثنين معا . وبهذا يتضح

الفرق بين إقرار المرأة ببنوة ولد من الزنا وإقرار الرجل بذلك ، فالإقرار يكون صحيحا من المرأة إذا أثبتت أبوته له بخلاف الرجل كما ذكرنا . هذا عند الحنفية بلا خلاف .

الإقرار بالأبوة أو الأمومة : يجوز أن يقر إنسان بأبوة إنسان آخر أو بأمومة امرأة ، ويكون هذا الإقرار صحيحا إذا توافرت شروط ثلاثة :

١- أن يكون المقر مجهول الأب أو الأم .

٢- أن يولد مثله لمثل المقر له منها .

٣- أن يصدقه المقر له ، ولا يشترط التمييز أو البلوغ ، لأنه فى هذه الحالة لا يكون إلا بالغا وكبيرا أو بالغة وكبيرة ، ولكن يشترط ألا يصرح بأنه أبوه من الخطيئة ، وأما إذا أفصح بأن أمه ولدته من زنا ، وتوافرت الشروط الثلاثة السالف ذكرها ، ثبت نسبه منها كما فصلناه .

<u>النوع الثانى :</u> إقرار الإنسان بالنسب على الغير أى الإقرار بالقرابة غير المباشرة أى قرابة الحواشى ، كأن يقر بأن فلانا أخوه أو جده أو عمه أو ابن ابنه أو بنت ابنه ، فإذا ادعى أخوة شخص له ، فإن هذا يكون إقرار بالنسب على أبيه ، وإذا ادعى عمومة شخص له فإن هذا يكون إقرار بالنسب على جده ، وقس ذلك على باقى الصور .

فهذا النوع من الإقرار يشتمل أمرين : الأول : تحميل النسب على الغير . والثانى : إرث المقر له للمقر بعد وفاته . فأما الأمر الأول : فإن النسب لا يثبت إلا إذا صدقه المقر عليه ، وفى حالة تصديقه له لا يثبت النسب بالإقرار المذكور ، وإنما يصير هذا التصديق إقرارا بالنسب ابتداء ، فالإقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره .

وأما الأمر الثانى : فإن المقر له يرث المقر بعد وفاته إذا أقام المقر بينة على ادعائه أو صدقه المقر له ، وهذا التصديق يعتبر بينة ، لذا يثبت النسب بالبينة لا بالإقرار .

ويلزم الإشارة إلى أن : هذا النوع من الإقرار إذا لم يحدث أثره ، فإن المقر يجوز له الرجوع فى إقراره ، ولكن إذا ثبت على إقراره ، ألزم بالحقوق المالية المترتبة عليه إذا وُجدت شروط صحة الإقرار السالفة الذكر ، فإذا كان المقر له فقيرا عاجزا عن الكسب وجب على المقر الإنفاق عليه إن كان غنيا .

وإذا ورث المقر من إنسان قريب له فإن الجمهور : يقول بمشاركة المقر له فى نصيبه ولكنهم اختلفوا فى مقدار المشاركة ، ويرى الشافعية : إن ثبت نسبه ورث فى مرتبته وإن لم يثبت نسبه لا يرث . مثال ذلك : إذا توفى أخو المقر عن أخوين منهما هذا المقر ، أخذ الأخ غير المقر نصف التركة ، والنصف الآخر يقسم على المقر والمقر له بالسوية .

وإذا مات المقر بالنسب ولا وارث لـه ، أخذ المقر لـه جميع تركتـه بـالميراث عند الحنفيـة ، فـالمقر آخر مراتـب الورثـة ، فيستحق جميع التركة إذا لم يكن له وارث أصلا ، أو الباقى بعد نصيب أحد الزوجين لأن الرد على الزوجين غير جائز عندهم ، وقد كان العمل جاريا بهذا المذهب إلى أن صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٣٣ المنظم للمواريث فنص فـى المـادة إحدى وأربعون منه على أنه : " إذا أقر الميت بالنسب على غـيره استحق المقر له كل التركة إذا كان مجهول النسب ولـم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره ، ويشترط فى هذه الحالـة أن يكـون المقر له حيا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، وألا يقوم به مانع من موانع الإرث " .

الفرق بين الإقرار بالبنوة والتبنى : يختلف التبنى عن الإقـرار بالبنوة اختلافا بينا ، فـالتبنى هـو : ادعـاء البنـوة لشـخص معلـوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط مع التصريح بأنه سيكون ابنا له مع كونه ليس ابنه فى الحقيقة والتبنى كان مشهورا فـى الجاهليـة قبل البعثة المحمدية بل وظل فترة من الزمـن فـى بدايـة الإسـلام إلى أن نزلت الآيات القرآنية المحرمة له ، قال تعالى فـى سـورة الأحزاب : " وما جعل أدعياءكم أبنـاءكم ذلكـم قولكـم بـأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبـائهم هـو أقسـط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم فى الدين ومواليكـم وليـس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمـدت قلوبكـم وكـان اللـه

غفورا رحيما " [١٢]. فالتبنى كذب وافتراء على المولى سبحانه وتعالى وعلى المسلمين كما بينت الآيات السابقة ، كما أنه مشتمل على مفاسد عدة : منها : الإتيان بإنسان أجنبى عنه ليعيش مع زوجته وبناته فيطلع على عوراتهم مع أنه أجنبى تماما عنهم ، وتحريم الزواج عليه من امرأته وبناته مع أنهن من المحللات له ، معنى هذا تحريم ما أحل الله فى الثانية وتحليل ما حرم فى الأولى .

ومنها : مقاسمته التركة مع أولاده وبناته كواحد منهم ، مما يؤدى إلى حصوله على مال أو نصيب ليس من حقه ، مع حرمان الورثة الحقيقيين من ذلك .

ومنها : إلزام الأقارب الأغنياء بالإنفاق عليه إذا كان محتاجا باعتباره ابنا لقريب لهم وفقا للقواعد العامة .

ومنها : لجوء البعض إلى التبنى لحرمان الورثة الحقيقيين كإخوته وأخواته أو أعمامه وعماته ، مما يؤدى إلى زرع بذور الشقاق والحقد بين أعضاء الأسرة ، ولا يخفى ما يترتب على ذلك من قطع لصلة الرحم التى أمرنا الله فى أكثر من موضع بوصلها والمحافظة عليها ، ولكن يلزم التنويه إلى أن المولى وإن كان قد حرم التبنى إلا أنه أمر بمراعاة الأيتام والفقراء

(١٢) الأحزاب الآيتان " ٤ ، ٥ " .

والمحرومين بالزكاة والصدقة والتبرع والهبة والوصية إلى آخره .

وأما الإقرار بالبنوة : فهو اعتراف الإنسان بنسب حقيقى لشخص مجهول النسب ، مع وجوب توافر الشروط السالف ذكرها ، ويترتب على هذا الإقرار إعطاء المقر له جميع الحقوق المشروعة للأبناء ،من إرث ونفقة وحرمة المصاهرة ، وقد أمرنا أن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر .

المبحث الثالث

إثبات النسب بالبينة

يقصد بالبينة : شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين مع الاتصاف بالعدالة ، فالبينة وسيلة من وسائل الإثبات كالفراش والإقرار ، بل إنها أقوى من الإقرار ، لنه حجة قاصرة على المقر ، أما البينة فهى حجة متعدية إلى الغير ، لذا لو حدث تعارض بينهما فى دعوى النسب رجح جانب من يستدل بالبينة ، مثال ذلك : تنازع رجلان نسب ولد مجهول ، الأول كانت وسيلة إثباته الإقرار المستوفى لشروطه ، والثانى كانت وسيلته شهادة رجلين عدلين ، فالقاضى يجب عليه إلحاقه بالثانى دون الأول ، فالبينة أبطلت الإقرار لأنها أقوى منه .

ويلزم التنويه إلى التفرقة بين حياة المدعى عليه ووفاته : فإذا ادعى شخص أن فلانا ابنه أو أبوه وهو حى ، فإن هذه الدعوى

تسمع وعليه إثبات ادعائه ، فالنسب يصح أن يقصد لذاته ، وأن يكون ضمن حق آخر كالنفقة والميراث ، ولكن إذا ادعى أن فلانا ابنه أو أبوه وهو ميت ، فإن هذه الدعوى لا تسمع مستقلة لأن المدعى عليه ميت ، لأن النسب هنا لا يقصد لذاته بل لما يترتب عليه من حقوق ، فهو وسيلة لإثبات الحق المتنازع عليه ، والخصم هنا ليس المتوفى بل الورثة .

وتستخدم البينة لإثبات واقعة الولادة إذا أنكرها الزوج والزوجية قائمة بينهما ، أو لتعيين الولد إذا اعترف بالولادة وأنكر الولد الذى عينته ، ويكتفى فى هذه الحالة بشهادة امرأة مسلمة عادلة عند الصاحبين فالرسول ﷺ أجاز شهادة القابلة ، وهذه من المسائل التى تقبل فيها شهادة النساء ، كما يجوز أن تستند إلى شهادة الطبيب الذى قام بتوليدها أو بشهادة الممرض الذى عاونه فى توليدها أو بشهادة رجل شاهد واقعة الولادة دون قصد ، هذا ويرى الإمام أبو حنيفة أن واقعة الولادة تثبت دون بينة إذا كان الحمل ظاهرا أو كان الزوج معترفا ، وإلا فإنه لا يثبت إلا ببينة كاملة برجلين أو رجل وامرأتين كما ذكرنا .

أما إذا كانت الدعوى متعلقة بالحواشى كالأخوة والعمومة فإن دعوى النسب لا تسمع مستقلة سواء كان المدعى عليه بالنسب حيا أو متوفيا ، لأن هذه الدعوى فيها تحميل النسب على الغير وهو الأب أو الجد ، فالنسب لا يقصد بذاته للمدعى وإنما لما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والميراث ، وعلى ذلك فإذا ادعى

النسب فقط فإن هذه الدعوى لا تقبل ، وأما إن كان متداخلا ضمن دعوى بحق آخر كالنفقة أو الميراث ، فإن هذه الدعوى تكون مقبولة ، سواء كان المدعى عليه حيا أو ميتا ، فالنفقة أو الميراث لا يقضى له به إلا إذا ثبت نسبه من المدعى عليه .

الفصل الثالث

أحكام اللقيط

اللقيط هو المولود الذى يوجد فى الطريق العام ولا يعرف له نسبا ، ولذلك أسباب عدة : منها : الخوف من الفقر ، أو الفرار من الاتهام بالفاحشة ، أو ما شابه ذلك . بل إن الشيعة الإمامية قد اعتبروا اللقيط : كل آدمى ضائع لا كافل له ولا يقدر على دفع الضرر عن نفسه ، ويدخل فى ذلك الصبيان والمجانين .

وحرصا من الشارع الحكيم على حماية اللقطاء أوجب على من يراه التقاطه إذا غلب على ظنه هلاكه لو لم يقم بذلك ، وإذا لم يلتقطه فى هذه الحالة كان آثما وسيحاسب على ذلك يوم القيامة ، ولكن إذا وجد فى مكان لا يغلب على ظنه هلاكه كان التقاطه مندوبا إليه ، يثاب على التقاطه ولا يعاقب على تركه .

وإذا كان الملتقط واحدا : فهو الأحق برعايته وحفظه ، ولا يجوز نزعه منه قهرا عنه ، لأنه المتسبب فى بقائه حيا إلا إذا اتضح لولى الأمر أنه غير مأمون فى رعايته له ، فيحق له أخذه ووضعه عند أمين راغب في القيام برعايته ، وإذا كان الملتقط اثنان أو أكثر ولم يتفقوا على من يقوم بحفظه ورعايته ، فلولى الأمر أو نائبه أن يسلمه إلى الأجدر منهم على القيام بهذه المهمة فإن كانوا سواء فى ذلك ، سلمه إلى أصلحهم فى رأيه ، ولكن لا يجوز لمن يرعاه أن يتبناه ، فالتبنى حرام شرعا .

ويلزم التنويه إلى أن الملتقط يكون مسلما فى حالتين : الأولى : إذا كان الملتقط مسلما ولا عبرة بمكان التقاطه ، والثانية : إذا كان ملتقطا فى دار الإسلام ولكن إذا ادعى ذمى بنوته وأقام البينة على ذلك ، قضى له بها ، وإذا عجز عن البينة وتوافرت شروط الإقرار بالنسب ، كان مسلما تبعا للدار وثبت نسبه منه باتفاق الحنفية والإمامية . ويكون مسيحيا أو يهوديا إذا كان ملتقطه كذلك فى منطقة خاصة بهم ، فوجوده فى مكان خاص بالمسيحيين يرجح ولادته منهم ، وكذا لو كان خاصا باليهود فيرجح ولادته منهم ، لذا يكون فى هذه الحالة على دين من التقطه .

الادعاء ببنوة اللقيط : إما أن يكون المدعى واحدا بالبنوة أو أكثر :

فإن كان واحدا حكم له القاضى بثبوت البنوة إذا توافرت شروط الإقرار السالف ذكرها ، ولا يطالب بإقامة البينة ، سواء كان مدعى البنوة الملتقط أم غيره .

وإذا كان مدعى البنوة أكثر من واحد : ننظر : إما أن يكون الملتقط من بينهما أم لا ، فإذا كان الملتقط أحد المدعين قضى له بالبنوة إلا إذا أقيمت البينة من الغير ، ففى هذه الحالة يرجح القاضى صاحب البينة لأنها أقوى من الإقرار الصادر من الملتقط .

وإن تعددوا وليس من بينهم الملتقط : ففى هذه الحالة يقدم صاحب البينة فإن لم يكن مع أحدهما بينة يقدم أسبقهما ادعاء ، فإن تساويا فى تاريخ الدعوى ولم يكن لأحدهما بينة أو أقام كلاهما البينة قدم من ذكر علامة مميزة فيه ، لأنه بذلك يكون قد أقام قرينة على سبق يده إليه ، فإن تساويا ولا يوجد ما يرجح أحدهما يقضى بنسبه لكلاهما للحفاظ عليه من الضياع ، بمعنى أنه يجب لهذا الولد جميع الحقوق من النفقة والإرث ولكن حال وفاته يشترك الأبوان فى إرثه باعتبارهما أبا واحدا يوزع سهمه بالسوية على الاثنين ، وقد قال الحنفية بهذا الرأى لثبوت صحة الإقرار منهما ، وأما الشيعة الإمامية [١٣]. فيقولون بالقرعة عند التساوى بينهما وهذا هو الراجح فى رأيى .

وأما إن ادعت المرأة بنوة اللقيط : فإما أن يكون لها زوج أو لا :

فإن كان لها زوج مؤيد لدعواها ثبت نسب اللقيط منهما ، وإن لم يؤيدها فى ادعائها ولكن أقامت المرأة البينة على صحة ما تدعيه ثبت نسبه منها أيضا . وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت النسب إلا إذا أحضرت رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة لتأييد دعواها ، وقد فرق الحنفية فى هذه المسألة بين المرأة والرجل ، فالرجل لا يحتاج عندهم إلى بينة لإثبات ادعائه

---

(١٣) ويرى الشافعية والحنابلة : الرجوع إلى القائف اى الذى يعرف الصفات والأشباه فيقول : أن هذا الولد يشبه هذا الرجل ولا يشبهه .

وأما المرأة فمحتاجة إليها ، لأن إلحاق نسب اللقيط برجل يدفع الذل والمهانة والعار عنه بانتسابه إليه ، وأما فى المرأة فيتحقق العكس .

هذا ويجرى العمل عندنا فى مصر على تسليم اللقطاء إلى مراكز الشرطة لتتولى التحرى والبحث عن آبائهم وأمهاتهم لتسلمهم إياه ، فإذا لم تنجح فى ذلك سلمته إلى أحد المراكز الخاصة بتأهيلهم ورعايتهم وتعليمهم ، ومع السماح للأفراد القادرين بأخذهم لتربيتهم ابتغاء وجه الله ، لأن تربية اللقيط فى ظل الحياة الأسرية أفضل بكثير من هذه المراكز ، نفسيا وصحيا واجتماعيا ، ونحمد الله أن مجتمعنا الإسلامى لا يعانى من ظاهرة اللقطاء كالمجتمعات الأوربية والأمريكية والآسيوية الغير مسلمة ، لأنهم لا يتدخلون فى العلاقة بين الذكر والأنثى ولا بين الذكرين أو الأنثيين ، فاللواط والسحاق والفاحشة وجميع العلاقات والممارسات المحرمة فى شريعتنا مباحة عندهم لأنها تدخل فى الحرية الشخصية ، كما أنهم يجيزون التبنى المحرم عندنا .

الباب الثانى

أحكام الرضاع

إن الرضاع حق من الحقوق المترتبة على ثبوت النسب ، وهذا الحق يثبت للطفل بمجرد ولادته ، لذا سنتعرض لآراء الفقهاء فى إيجاب الرضاع على الأم وسبب اختلافهم . ثم نتحدث عن أجرة الرضاع والمسائل المتعلقة بها فى الفصل الثانى .

الفصل الأول

آراء الفقهاء فى إيجاب الرضاع

على الأم وسبب اختلافهم

يقول المولى سبحانه وتعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادا فصلا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ، واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير " (١٤). ويقول تعالى أيضا : " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع

---

(١٤) البقرة آية " ٢٣٣ " .

له أخرى " [١٥]. بالنظر فى هاتين الآيتين نجد أن المولى سبحانه وتعالى وضع القواعد التى استنبط منها الفقهاء أحكام الرضاع ، كما أوضح فيهما مسئولية الأب والأم تجاه إرضاع ولدهما ، فالأب يتولى الإنفاق والتغذية والأم تتولى إرضاعه بلبنها الناتج من إنفاق الأب بقدرة الله فى تحويل الغذاء إلى لبن يحتوى على جميع العناصر الغذائية التى يحتاج إليها الطفل .وفى حالة عجز الأم عن إرضاع ولدها فللأب أن يستأجر له امرأة أجنبية لإرضاعه ، ولا جناح ولا حرج فى ذلك ، وقد كان هذا من الأعراف السائدة عن العرب وأبقته الشريعة ولن تلغه لما فيه من المصلحة الواضحة .

ولقد اتفق فقهاؤنا على أن إرضاع الطفل واجب على الأم ديانة سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها ، أو زوجيتها قائمة ، ويعنون بذلك أنها ستكون مسئولة عن ذلك أمام المولى سبحانه وتعالى يوم القيامة ، فإذا رفضت إرضاع طفلها مع قدرتها عليه فتكون فى هذه الحالة آثمة . واختلفوا فى وجوب الإرضاع عليها قضاء ، أى أن للقاضى إجبارها على إرضاع ولدها إذا رفضت إرضاعه بدون عذر على النحو الآتى : فالبعض أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ، والبعض لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق ، والبعض أوجبوا على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها

---

(١٥) الطلاق آية " ٦ " .

وهو مشهور قول مالك كما جاء فى بداية المجتهد لابن رشد إجمالا ، فالراجح عند مالك : وجوب الإرضاع عليها قضاء إذا كانت زوجيتها قائمة حقيقة أو حكما ، كما هو واجب عليها ديانة . لقوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " فالجملة خبرية تحمل معنى الأمر وهو يفيد الوجوب قضاء وديانة إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع والعرف كالشرط ، وهذا العرف كان منتشرا قبل الإسلام ولم يتغير بعده ، فإلزامها بالإرضاع فى هذه الحالة يلحق الضرر بها ، قال تعالى : " لا تضار والدة بولدها " . إلا إذا تعينت للإرضاع بأن رفض الطفل ثدى جميع المرضعات الأجانب أو إذا لم يكن للأب ولا للطفل مال تستأجر به مرضعة له ، ولا يوجد متبرعات بالإرضاع فإنها تجبر حينئذ للمحافظة على الطفل من الهلاك وهو ضرر أكبر من الضرر اللاحق بها بالإرضاع حتى ولو كانت مطلقة طلاقا بائنا .

ويرى الشافعية والإمامية : وجوب الإرضاع عند الولادة عند نزول أول لبنها فقط وهو ما يطلق عليه اللباء ، لأنه يحصنه ضد الأمراض ويقويه ، ولا يجب عليها إرضاعه بعد ذلك إلا إذا تعينت كما ذكرنا فى الرأى السابق .

ويرى الحنفية : وجوب الإرضاع عليها ديانة لا قضاء ، فإن رفضت إرضاعه دون عذر فلا يجبرها القاضى على ذلك إلا إذا تعينت ، فالإرضاع حق للأم وللولد ولا يجبر أحد على استيفاء

حقه إلا إذا وجد مقتضى للإجبار كما إذا لم يكن للطفل أو لأبيه مال لاستئجار مرضعة ، ولا توجد نساء متبرعات بذلك ، أو رفض الطفل صدور جميع المرضعات والمال موجود عند الطفل أو أبيه ، أو انعدمت المرضعات فلم يجدوا من ترضعه بأجر أو بغير أجر .

وامتناع الأم عن إرضاع طفلها لا يسقط حضانتها لأنهما حقان منفصلان لا يلزم من سقوط الآخر ، ويجب على الأب أن يتفق مع الظئر - المرضعة - على إرضاع ولده بحيث لا يؤدى عملها إلى سلب حق الأم فى حضانة ولدها ، كأن تذهب إلى مسكنها لإرضاعه أو ينقله إليها وقت الرضاعة ثم يرده مرة أخرى إلى أمه .

هذا ويلزم التنويه إلى مسألة هامة : لا يجوز للأب منع الأم من إرضاع طفلها بعد امتناعها من إرضاعه ، لأن حقها ثابت وهى الأولى به من الأجنبية بشرط ألا يلحقه ضرر كأن تطلب الأم أجرا لرضاعتها بينما توجد متبرعة بذلك ، أو تطلب أجرا أعلى من أجر المرضعة ، قال تعالى : " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " فالمولى نفى الإضرار عن الأم والأب ، وعلى ذلك فإما أن ترضعه دون أجر أو بأجرة المثل ، بشرط ألا تكون الأم مريضة بمرض معدٍ أو بمرض مفسد للبنها ويقول الأطباء أنه مضر بالطفل ، ففى مثل هذه الحالات يكون من حق الأب منعها من إرضاعه واستئجار أجنبية لهذه المهمة . هذا

ويجوز للمرضعة أن تمتنع عن إرضاعه إذا كانت متبرعة ولا تجبر عليه ، بشرط أن توجد مرضعة أخرى بأجر أو بدون أجر ، فإن لم يوجد غيرها أو امتنع الطفل عن قبول ثدى امرأة أخرى ، أجبرت على ذلك بأجرة المثل ، فى المدة الباقية . وأما إذا كانت مرضعة بأجر وانقضت المدة المتفق عليها ولكن الرضيع لم يستغن عنها ، فإنه يجوز إجبارها على إرضاعه مدة أخرى تكفى لاستغنائه عنها إذا لم توجد امرأة غيرها أو إذا لم يقبل الطفل ثدى امرأة أخرى .

أجرة الرضاع وما يتعلق بها

المرضعة إمـا أن تكون أمـا للرضيع أو أجنبيـة عنـه ، والأم المرضعـة : إمـا أن تكون زوجـة لوالده أو معتدة منـه ، فلكـل صورة من هذه الصور حكمها فيما يتعلق باستحقاقها الأجرة من عدمه ، فإن كانت مرضعة الطفل أمـه ننظـر : إن كـانت زوجـة لأبيـه أو معتـدة مـن طـلاق رجعى فإنهـا لا تـأخذ أجـرة علـى إرضاعها لوليدهـا ، لأن مـا تقوم بـه واجب دينـى ولا يسـتحق الإنسان أجرة على هذا الواجب ، كما أن نفقتها واجبة علـى أبيـه لقيام الزوجية بينهما حقيقة أو حكما .

وإن كانت المرضعة معتدة من طلاق بائن : فـيرى البعض : وجوب أجرة مقابل إرضاعها ويطلق عليها نفقة الإرضـاع ، لأن رابطة الزوجية قد زالـت بهـذا الطـلاق فأشبهت المـرأة الأجنبيـة التى تستأجر الإرضاع .

ويرى البعض : عدم وجوب الأجرة لها مقابل إرضاع وليدهـا أثناء عدتها ، لأن النفقة واجبة علـى المطلـق - والـد الرضيـع - فى هذه الحالة ، لذا لا تجب لها نفقة الإرضاع ، لكيلا تجمع بيـن نفقتين فى وقت واحد . وهذا هو الراجح . وقضاؤنا يأخذ بهـذا ، تيسـيرا علـى الأب ولقـوة دليلهـم ، فقيـاس الأم المرضعــة علــى الأجنبية قياس مع الفارق ، لأن المرضعة الأجنبيـة ليس لهـا إلا

أجرة الرضاع أما الأم فلها نفقة الحضانة . ولكن إذا انقضت عدتها منه صارت أجنبية لا نفقة لها ، وحينئذ تستحق أجرة على إرضاعها الطفل ، يقول المولى سبحانه وتعالى : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " [(١٦)]. هذا مع الملاحظ أن لمادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، قد قضت بأن المعتدة لا تستحق نفقة لأكثر من سنة ، لذا لا تستحق أجرة للرضاع طيلة هذه السنة ، وبعد انقضائها تكون مستحقة لها إلى أن تنقضى مدة رضاع الطفل ، لأنها أصبحت فى حكم المرأة التى انتهت عدتها ، فعدم استحقاق أجرة الرضاع مرتبط بوجوب النفقة ، ولا دخل للعدة فى ذلك ، ويطبق هذا الحكم على جميع الحالات المشابهة ومنها : إذا اتفقت المرأة على إسقاط نفقة العدة مقابل حصولها على الطلاق ، ومنها : إذا تزوجت المرأة رجلا دون عقد موثق ، ففى الحالتين تستحق أجرة الرضاع لعدم استحقاقها النفقة على زوجها ، وأما الإمامية فيوجبون أجرة الرضاع فى جميع الحالات السابقة .

ويلزم التنويه إلى أن الأجرة المستحقة للأم مقابل إرضاعها هى أجرة المثل إلا إذا اتفقا على غير ذلك ، ويكون الأب مدينا بها لا تبرأ ذمته إلا بدفعها أو الإبراء منها حتى ولو مات الرضيع ، وتسدد من تركته قبل توزيعها على الورثة إذا مات

---

(١٦) الطلاق آية " ٦ " .

قبل الوفاء بها ، وفـي حالـة وفـاة المرضعـة قبـل حصولهـا علـى حقها دفعها الأب إلى ورثتها لصيرورته جزاء من تركتها .

واستحقاق الأم لأجرة الرضاع لا يتوقف على اتفاقها مع الأب على ذلك ، لأن عطفها وحنانها يمنعها من ترك طفلها يتعذب من الجوع إلى أن يتم الاتفاق مع أبيه ، لذا رتب المولى الأجـر علـى الرضـاع دون قيـود . " فـإن أرضعن لكـم فـآتوهن أجورهـن " ، وأما الأجنبية فلا تستحق أجـر إلا مـن تـاريخ تعاقدهـا مـع الأب على ذلك .

هذا ويرى الحنفية : أن الأب لا يدفع للأم أكثر من سنتين فـي إرضاع طفلة بقوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حوليـن كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " رغم أن الإمام يـرى أن مـدة الرضاع ثلاثون شهرا ، وأما الصاحبان فيريان أن مدته سنتان ، وعلى ذلك فلـو أرضعتـه أكثـر مـن عـامين فـلا يـلزم الأب بهـذه الزيادة ، فالآية صريحة فى مدة الإرضـاع التامـة ، لـذا لا تجـب أجرة على المدة الزائدة عـن ذلـك ، ولكـن يجـوز الاتفـاق بينهمـا على إرضاعه ولكن يجوز الاتفاق بينهما على إرضاعه مدة تقـل عن العامين ابتغاء المصلحة ، ولكن يجـوز الاتفـاق بينهمـا علـى إرضاعه مدة تقل عن العامين ابتغـاء المصلحـة ، قـال تعـالى : " فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما " .

والأب يكون ملزما بدفع أجرة الرضاع إذا كان الرضيع فقيرا معسرا ، ولكن إن كـان لـه مـال وجبت الأجـرة فـى مالـه ، لأن

الرضاعة تدخل فى بند الغذاء والغذاء نوع من النفقـة ، والقـاعدة أن النفقة تجب فى مـال الإنسـان ، وفـى حالـة إعسـار الاثنيـن – الابن والأب – تجبر الأم على إرضاعه وتكون الأجرة على مـن تجب عليه نفقة من الأقارب ، قال تعالى : " وعلـى المولـود لـه رزقهن وكسوتهن بالمعروف . . . – إلى قوله – وعلى الـوارث مثل ذلك " ، وسنقوم بتفصيل ذلـك فـى البـاب الخـامس . هذا إذا كان الأب عاجزا عن الكسب ، أمـا إذا كـان معسـرا قـادرا علـى الكسب ، فإنها ترضعه مع وجوب الأجـر فـى ذمتـه يوفيهـا عنـد يساره .

الباب الثالث

أحكام الحضانة

ستتحدث فى هذا الباب عن تعريف الحضانة وأصحاب الحق فيها فى الفصل الأول ، ثم نتحدث عن شروط الحاضنة فى الفصل الثانى ، ثم نتحدث عن أجرة الحاضنة والمطالب بها فى الفصل الثالث ، ثم نتحدث عن مكان الحضانة وانتقال الحاضنة منه فى الفصل الرابع ، ثم نتحدث عن مدة الحضانة وإلى من يسلم بعدها فى الفصل الخامس .

الفصل الأول

تعريف الحضانة وأصحاب الحق فيها

الحضانة بفتح الحاء وكسرها لغة : ضم الشىء إلى الحضن أو وهو الجنب أو الصدر أو العضدان وما بينهما ، يقول الإنسان : حضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها .

وشرعا : هى الولاية على الطفل لتربيته ورعاية أموره المعيشية والمحافظة عليه من المهلكات والمضرات . فللحضانة مرحلتان : فأولاهما : من الولادة إلى أن يتمكن من القيام بأموره الأساسية من طعام ولباس واغتسال وما شابه ذلك ، والولاية فى هذه المرحلة تكون للنساء لأنهن الأجدر على القيام بشئونه فيها .

والثانية : من نهاية المرحلة الأولى إلى البلوغ ، أى حينما يستطيع القيام بحاجاته الأولية إلى بلوغه سواء كان البلوغ بظهور العلامات المعروفة أو بالسن ، والولاية فى هذه المرحلة تكون للرجال ، ولكن إذا انعدمت النساء فى المرحلة الأولى ، انعداما حقيقيا أى لم توجد حاضنة منهن ، ، أو حكميا أى وجدت الحاضنة ولكنها ليست أهلا للحضانة ، فإن الرجال يقومون بحضانة الطفل . ومن المعروف أن المرحلة الثانية يكون الطفل محتاج فيها إلى الحاضن الرجل ، لأنه الأجدر على تأديبه وتعليمه ومتابعة هذه الأمور ليكون عضوا صالحا فى المجتمع ، وهو المكلف بالإنفاق المالى عليه فى المرحلتين ، ولكن إذا نشأ الوليد فى رعاية الأبوين تحت مظلة الحياة الزوجية القائمة ، فإنه سيكون أوفر حظا من الوليد الذى ينشأ مع أمه أو جدته أولا ثم أبيه ثانيا ، إذا كانا الأبوين منفصلين ، فالنشأة الطبيعية فى ظل أسرة قائمة وأبوين متحابين تقوم العلاقة بينهما على المودة والتعاطف والتراحم ، ينتج عنها ولد صحيح بدنيا ونفسيا ، يقوم بدوره كاملا فى المجتمع الذى يعيش فيه .

والحضانة إذا متوقفة على شخصين ، ليكون لها وجود شرعى ، فإذا لم يوجد محضون فلا حاجة إلى الحاضن والعكس كذلك ، والمحضون هو الولد الصغير ذكرا كان أم أنثى المحتاج إلى من يرعاه ويحفظه ويكفله ، والحضن هو المرأة أو الرجل ، ولكن هل الحضانة حق أم واجب ؟ تختلف الإجابة عن هذا السئوال باختلاف الحاضنة : فإذا كانت الحاضنة أما ، فقد اتفق

الفقهاء على أنها أحق بحضانة ولدها بشرط ألا يوجد مانع يحول بينها وبين الحضانة ، فالحضانة فى هذه الحالة حق لها ، يجيبها القاضى إليه إذا طلبته وتمسكت به ، ولها أن تتنازل عن الحضانة إلى أمها أو أختها ، والدليل على ذلك : ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله ﷺ : إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء [١٧] ، وثديى له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال ﷺ : أنت أحق به ما لم تنكحى " . وفى رواية " إن أباه طلقنى وزعم أنه ينتزعه منى " [١٨]. فقد أكد الرسول ﷺ حق الأم فى حضانة طفلها ما لم يوجد مانع من ذلك .

وعن البراء بن عازب أن ابنة حمزة اختصم فيها على وجعفر وزيد . فقال على : أنا أحق بها هى ابنة عمى ، وقال جعفر : بنت عمى وخالتها تحتى ، وقال زيد : ابنة أخى ، فقضى بها الرسول ﷺ لخالتها ، وقال : الخالة بمنزلة الأم " [١٩]. ولكن إذا لم يوجد من يصلح للحضانة غيرها أجبرت عليها . فالحضانة حق للحاضنة والمحضون ، وإذا تعينت الحاضنة فلم يوجد غيرها أصبحت واجبا ، ويتفرع على ذلك الأحكام التالية :

---

(١٧) الحواء فى الأصل البيت من الوبر .

(١٨) نيل الأوطار ١٣٧/٧ .

(١٩) نيل الأوطار ١٣٧/٧ .

أ- إذا تعينت الحاضنة أى لم يوجد غيرها ، أجبرها القاضى عليها ، إذا تنازلت أو امتنعت عن القيام بها ، مراعاة لحق الطفل .

ب- الخلع مشروع كما قدمنا ، ولكن إذا خالعت امرأة زوجها على التنازل عن حضانة طفله أو اشترط ذلك ، فإن الخلع يكون صحيحا مع بطلان تنازلها أو شرطه ، لأن الحضانة حق مشترك بينها وبين طفلها ، وهذا التنازل أو الشرط وإن أبطل حقها لأنه لا يبطل حق وليدها .

جـ- إذا عقد صلح بين امرأة وزوجها : مضمونه : مقاصة بين دينها وحقها فى الحضانة ، بمعنى أن يسقط الزوج المبلغ المدينة به له مقابل إسقاط حقها فى حضانة طفلها ، هذا الصلح باطل وفاسد لأنه ينتج عنه إسقاط حق الطفل فى الحضانة . ولكن لو تضمن الصلح مقاصة بين أجرة حضانتها ودينها له لكان الصلح جائزا وصحيحا ، لأن الأجرة حق لا يشاركها فيها أحد .

د- ليس لأحد التغاضى عن حق الحاضنة أو انتزاعه منها ، وإعطائه لامرأة أخرى تالية فى الترتيب إلا بسبب معقول شرعا .

هـ- لا يجوز شرعا إكراه حاضنة على تولى الحاضنة إذا أسقطت حقها فيها ، إذا وجدت حاضنة أخرى مستعدة للقيام

بهذه المهمة ، لأن العبرة بتمتع حق الصغير فى الحضانة وعدم إهدار هذا الحق .

و- يجب على المرضعة القيام بواجبها بحيث لا يطغى على حق الحاضنة ، وذلك بأن تقوم بإرضاعه فى المكان المناسب للحاضنة ، هذا إذا كانت المرضعة امرأة أخرى غير الحاضنة .

من يثبت له حق الحضانة على الصغير : يثبت هذا الحق للأم فى المرحلة الأولى لاحتياجه إلى خدمة النساء ، والأم هى التى يتوافر فيها الحنان والشفقة أكثر من غيرها لذا قدمت على غيرها ، وقد قضى رسولنا بذلك ومن بعده الصحابة ، فقد روى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبى فقال : " مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه " . وفى رواية أخرى : " ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر " وكان ذلك بمحضر من كثير من الصحابة . وفى رواية ثالثة : أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه ، وأنه رآه فى الطريق فأخذه ، فلما ترافعا إلى أبى بكر قال : " ريحها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر " . وعلى ذلك فالحضانة للأم سواء كانت الزوجية قائمة بينهما ، أو معتدة أو غير معتدة طالما توافرت فيها الشروط التى سنتحدث عنها فى الفصل

الثـانى ، ولـم تتزوج بـأجنبى أو بقريـب غير محـرم . ولكـن إذا ماتت الأم أو وجد مـانع لحضانتهـا انتقلت الحضانـة إلـى أم الأم وإن علت ، فإن لم توجد لأب وإن علت ، فـإن انعدمـت الجـدات فـإن الحضانـة تنتقل إلـى إخوتهـا الشـقيقات ، ثـم الأخـت لأم ثـم الأخت لأب ثم خالة الأم (٢٠). ويرى البعض : تقديم الخالة علـى الأخت لأب لأنها أخت الأم ، وقرابة الأم مقدمة على قرابة الأب فى الحضانة ، ولقوله ﷺ : " الخالـة أم " ، ثم يجـيء بعد ذلـك بنات الأخوة الأشقاء ثـم لأم ثـم لأب علـى الـترتيب السـابق ، ثـم يأتى دور العمات على الترتيب التى ذكرناه ، ثم خالات الأم على الترتيب السـابق ، ثـم خـالات الأب الشـقيقة ثـم لأم ثـم لأب ، ثـم عمات الأم على نفس الـترتيب المذكـور ، ثـم عمـات الأب علـى الترتيب السابق . وعلى ذلك فإن قرابة الأم تقدم على قرابة الأب فى جميع الأصناف عند اتخاذ الدرجة ، لتوافر عطف قرابـة الأم علـى الطفـل مـن القرابـة الآخـرة ، والجـدة مقدمـة علـى أخـت الصغير مطلقا ، لتوافر عطفهـا ، والشـقيقات تقـدم علـى غـيرهن لقوة قرابتها ، وبنت الأخت تقدم على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، والعمة فرع الجدين أو أحدهما .

---

(٢٠) وقد استندوا إلى أن الأخت أقرب للصغيرة من الخالة لأنها بنت أبيهـا وأما الخالة فهى بنت جدها ، والقاعدة أن تقديم قرابـة الأم علـى قرابـة الأب عنـد التسـاوى فـى الدرجـة ، والاثنـان ليسـا فـى درجـة واحـدة ، وحديـث الرسـول فـى تقديـم الخالـة كـان لتقديمهـا علـى ابنـى العـم لمـا تنازعا ابنة حمزة ، وقد سبق ذكر هذا الحديث .

فإذا انعدمت النساء المحارم أو وجدن ولكن لم تتوافر فى إحداهن الشروط اللازمة ، انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات إن كان الصغير ذكرا ، وإلى العصبة المحارم إن كانت أنثى ، ويراعى الترتيب فى الميراث فيقدم الأب على الجد ، والأخ الشقيق على الأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، وعم الأب الشقيق ثم عم الأب لأب ، وهؤلاء تثبت حضانتهم على الولد سواء أكان ذكرا أم أنثى لأنهم جميعا من المحارم . ويأتى بعد ذلك : ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب إذا كان الصغير ذكرا ، ولا يكون لهما الحضانة على الأنثى لأنهما ليسا من المحارم ، والحضانة كما هو معروف مستمرة إلى سن المراهقة ، لذا يخشى الوقوع فى الفتنة ، فإذا لم يوجد غيره وهو ثقة ومأمون حكم القاضى بضمها إليه وإلا وضعها عند امرأة ثقة ومأمونة .

فإن انعدمت العصبة أو وجد عاصب ولكنه ليس أهلا للحضانة ، انتقلت الحضانة إلى المحارم من غير العصبة ، ونقصد بذلك ذوى الأرحام الأقرب فالأقرب فتكون للجد أبى الأم ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ثم الخال لأم ، فإذا انعدم هؤلاء بحثنا عن أقارب الصغير من غير المحارم كابن الخال وابن الخالة بشرط ألا تكون حضانة الذكور للإناث أو العكس لدرء المفسدة التى قد تترتب على ذلك لأن القرابة هنا غير محرمية .

فإذا انعدم كل هؤلاء سلمه القاضى إلى من يثق فى صلاحه وقدرته على القيام على شئون الصغير ورعايته ، وقد استقر العمل عندنا فى هذه الحالة على إيداعه فى أى فرع من فروع مؤسسة رعاية الأيتام التابعة لوزارة الشئون الاجتماعية ويجب التنويه إلى أنه عند تعدد مستحقوا الحضانة من الرجال أو النساء يقدم أقربهم درجة فإن تساووا فيها قدم أقواهم قرابة فإن تساووا فيها كأخوة أشقاء أو خالات شقيقات قدم الأتقى والأصلح والأجدر على القيام بهذه المهمة ، فإن تساووا فأورعهم ، فإن تساووا فأكبرهم سنا لخبرته وتجاربه الكثيرة فى الحياة مما يعود على الطفل بالخير الكثير ، وقد اقتصرنا فى ذلك على مذهب الحنفية .

الفصل الثانى

شروط أهلية الحضانة

الحضانة مقررة من الشـارع لتحقيق مصلحة الصغير ودرء الأضرار عنه ، لذا اشترط فى الحاضنة أو الحاضن عدة صفـات للتحقق من توافر الأهلية فيمن يقوم بها ، وعند تخلف صفة منهـا فإن حقـه فـى الحضانـة يسقط وبالتـالى ينتقل إلـى مـن يليـه فـى الترتيب السالف ذكره .

أولا : شروط الحاضنة :

١- أن تكون مكلفة أى بالغة عاقلة فيخرج بذلـك الصغيرة حتـى ولـو كـانت مميزة ، لأنهـا فـى هـذه السنة لا تستطيع القيـام بأمورها الشخصية وتحتاج إلى من يعتنى بهـا ، فكيـف يوكـل إليها القيـام بـأمور غيرهـا ، ففـاقد الشـىء لا يعطيـه كمـا هـو معروف ، ويخرج أيضا المجنونة أو المعتوهة لأنها فـى هـذه الحالة تحتاج أيضا إلى من يقوم بشئونها ، فضـلا عـن جهلهـا ما ينفعه وما يضـر بـل إنهـا قـد تلحـق بـه الأضـرار ، لـذا لا تتوافر فيها الأهلية اللازمة للحضانة .

٢- أن تكون قادرة على القيام بأمور الولد - ذكرا كـان أم أنثـى - ونقصد بذلك القدرة الصحية والبدنية ، فـإذا كـانت عجـوزا أو مريضة بمرض مزمن لا تستطيع القيام بشئونه فـلا تكـون

أهلا للحضانة ، ويلحق بذلك العمياء أو المصابة بأى عاهة تمنعها من خدمته كأن تكون مقطوعة اليدين أو الرجلين ، أو المريض بمرض معد يخشى على حياة الصغير منه ، فهؤلاء لا تتوافر فيهن الأهلية لحضانة الصغير ، ولكن إذا كانت موظفة أو عاملة أو تاجرة وعملها لا يمنعها من القيام بشئونه فإن حضانتها لا تسقط ، وأما إذا كانت تمنعها من رعايته فإن حقها فى الحضانة يسقط وينتقل إلى من يليها فى المرتبة .

٣- أن تكون أمينة على الصغير وعلى ترتيبه وفق منهج الشريعة ، فإن افتقدت هذه الصفة فلا يكون لها الحق فى حضانته ، فالمحترفات للرقص أو الخلاعة والمجون أو النشل أو الزنا لا يصلحه للحضانة ، خوفا على ديانته وتربيته وأخلاقه .

٤- ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم من المحضون : فإذا كانت غير متزوجة أو متزوجة بقريب للمحضون محرم له كعمه أو جده ثبتت لها حضانته لقوله ﷺ للمرأة المطلقة التى أراد زوجها أن يأخذ ولده منها ، " أنت أحق به ما لم تتزوجى " ، فإذا سلبت الحضانة من الأم عند زواجها فتسلب من غيرها من باب أولى ، ويرى الحنفية والمالكية : أن زواج المرأة التى تريد حضانة الصغير من أجنبى أو من قريب غير محرم كابن عمه ، أو من محرم غير قريب كأخيه من الرضاع مسقط للحضانة لعدم توافر الحنان والعطف عند

هؤلاء ومن شابههم على المحضون ، بل إن الأجنبى يعامله معاملة قاسية لبغضه إياه ، فالزوج غالبا لا يكنّ حبا لولد زوجته ، مما يؤدى إلى نشأة الطفل فى بيئة غير صحية فيصاب غالبا بالأمراض النفسية والعصبية ، ففقهاء الحنفية والمالكية استندوا فى رأيهم إلى الحكمة التى من أجلها جعل الشارع الزواج مانعا ومسقطا للحضانة ، هذا بالإضافة إلى أن وقت الزوجة مخصص لزوجها وبيتها ومن حقه أن يمنعها من تضييعه فى حضانة طفل لا تربطه به أى صلة ، ولكن القرابة المحرمية للمحضون تدعوه إلى البرّ به والعطف عليه كولده تماما .

٥- ألا تسكنه فى منزل من يحمل له الكره والبغض لأى سبب حتى ولو كان قريبا له ، فالإقامة به فى هذه الحالة يعرضه للخطر والضرر ، فإن خالفت ذلك سقط حقها فى حضانته .

٦- أن تظل الحاضنة على دينها السماوى : فالإسلام ليس شرطا فى الحاضنة سواء كانت أما أم غير أم ، فالمسيحية واليهودية تستحق الحضانة ، لأنها مبنية على العطف والرحمة والشفقة بالصغير وهذا متوافر عند هؤلاء ، بشرط أن تلتزم بالمنهج الإسلامى فى تربيته فلا تطعمه أو تسقيه من المحرم ، ولا تلقنه أحكام دينتها ، وعند تخلف هذا الشرط تسقط حضانتها ، وكذلك إذا كانت الحاضنة مسلمة وارتدت فإن حقها يسقط فى حضانة الصغير ، وإذا كانت مسيحية أو يهودية وأسلمت فإن

حضانتها تتأكد له من باب أولى ، ولكن إذا غيرت إحداهما ديانتها إلى دين غير سماوى فإن حضانتها له تسقط ، فالولاية أو الحضانة لا تجوز فى هذه الحالة .

ثانيا : شروط الحاضن :

يشترط فى الحاضن : أن يكون مكلفا قادرا على القيام بشئون الطفل أمينا على تربيته ، وقد شرفنا ذلك فى الفقرة السابقة .

ويزاد على ذلك : أن يكون الحاضن متحدا فى الدين مع المحضون ، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ، والحضانة نوع من الولاية على النفس ، هذا بالإضافة إلى أن حق الرجال فى الحضانة مبنى على الميراث ، واختلاف الدين مانع من موانع الإرث .

ويلزم التنويه إلى أن الحضانة إذا سقطت لأى سبب من الأسباب ثم زال هذا السبب ، فإن الحق يعود إلى من سقطت حضانته مرة أخرى ، فهى من الحقوق التى تدور مع سببها وجودا وعدما .

الفصل الثالث

أجرة الحضانة واستحقاقها والمطالب بها

إن الحضانة من الأعمال الهامة والمشروعة لأنها تتركز في العناية والاهتمام بالأطفال والقيام بشئونهم والسهر عليها ، لذا تستحق الحاضنة أجرة عليها ، تدفع من ماله الخاص أو من مال أبيه إذا كان فقيرا ، ويرى البعض أن الأجرة هنا فيها شبه بالنفقة ، لأن الزوج ملزم بالإنفاق على الحاضنة التي حبست نفسها لأجل طفله ، ويرى الحنفية أن الحاضنة إذا كانت أما فلا تستحق أجرة على حضانتها إذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين أبيه ، أو كانت معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف ، وكذلك إذا كانت معتدة له من طلاق بائن في الراجح عندهم .

ويرجع السبب في ذلك : إلى أن الزوجة المطلقة في هاتين الحالتين تحصل على نفقة من أبيه لذا لا تجب لها نفقة أخرى مقابل حضانتها للولد ، فنفقة واحدة فيها الكفاية ، ولكن إذا انتهت عدتها أو منعت من المطالبة بنفقة أثناء العدة لمضي سنة من تاريخ التفريق بينهما ، أو أنها قامت بإبراء ذمته من النفقة في مقابل طلاقها استحقت الحاضنة في هذه الحالات أجرة أو عوضا على مراعاته وخدمتها للطفل ، وقضاؤنا يأخذ بهذا في أحكامه .

وقت استحقاق الأجر : إذا كانت الحاضنة أما : فإنها تستحق الأجرة على حضانتها للطفل في الحالات التي تجب لها فيها

والسابق ذكرها ، من تاريخ قيامها برعاية الطفل والقيام على شئونه ، ودون انتظار لحكم قضائى أو اتفاق مع أبيه .

وإذا كانت الحاضنة غير الأم : فإنها لا تستحق أجرة على حضانتها للطفل إلا من تاريخ الحكم القضائى بها أو الإتفاق عليها مع أبى الطفل ، وبالتالى لا تستحق أجرة على حضانتها إذا قامت بها فعلا قبل الاتفاق أو الحكم القضائى ، ويكون عملها تبرعا ، لأن أجرة الحضانة كغيرها من الأجور على الأعمال لا تجب إلا بالاتفاق أو القضاء بخلاف الأم لأن الصغير فى رعايتها منذ ولادته غالبا ، ترضعه وتعتنى به ، فلا يعقل أن تتركه بعد انقضاء الفترة التى تجب فيها النفقة بدون رعاية إلى أن يتم الاتفاق بينها وبين أبيه إلى أن يصدر حكم قضائى بذلك ، فالأم تتوافر فيها الشفقة والحنان مما يحملها على رعايته والعناية به دون انتظار اتفاق أو حكم قضائى .

ويلزم التنويه إلى أن هذه الأجرة تكون دينا فى ذمة الأب لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ولا تأثير لموت الطفل أو الأب أو الحاضنة فيه ، فلورثة الحاضنة أن يطالبوا بها بعد وفاتها لأنها جزء من تركتها ، ويجب على ورثة الأب أن يوفوا دين الحضانة للحاضنة قبل توزيع تركته ، لأن الدين مقدم على حقوقهم كما هو معلوم ، وللحاضنة أن تطالب بها أيضا فى حالة موت الصغير للمدة السابقة على وفاته .

علـى من تجب أجـرة الحضانـة : إن هذه تكـون مـن مـال الصغير إن كان موسرا ، وإن كان فقيرا لا مال له وجبت على أبيه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا ولكنه قادر على الكسب وجبت فى ذمته يؤديها إلى الحاضنة ، وإن كان غير قادر على الكسب وجبت على من تجب عليه نفقة الصغير عند انعدام الأب ، ويحق له الرجوع بها على أبيه عند يساره . هذا بالإضافة إلى إلزامه بتجهيز مسكن للحاضنة إذا لم يكن لها مسكن خاص أو إعطائها أجرة لتستأجر بيتا لتقوم فيه برعاية الطفل ، كما يجب عليه تجهيز الأشياء اللازمة للصغير من أغطية ومراتب وأسرة وغير ذلك من الأدوات اللازمة لتجهيز طعامه وشرابه ونومه ، ويجب عليها أيضا استئجار خادم ليساعدها فى خدمة الطفل إذا كانت ممن يحتاجون إلى ذلك مع دفع أجرته من مال الصغير أو من مال المتولى للإنفاق عليه .

تنبيه : إذا امتنعت الأم أو صاحبة الحق إذا فى الحضانة أن تحضن الصغير إلا بأجر ووجدت متبرعة بها فلمن تكون الحضانة ؟ ننظر : إما أن تكون المتبرعة من أهل الحضانة أو لا ، فإن كانت من غير أهل الحضانة أى أجنبية أو قرابتها قرابة غير محرمية فصاحبة الحق فى الحضانة أولى وأحق بها مطلقا سواء أكانت أما للصغير أم غير أم له ، وسواء كانت النفقة من مال الصغير أو مال أبيه أو من تلزمه نفقته كما أوضحنا . فتحقيق مصلحة الصغير أولى وأسمى من الأجرة ، فمما لا شك

فيه أنه سيلقى عناية وشفقة ورعايـة فـي ظـل صاحبـة الحـق فـي الحضانة أكثر من المتبرعة .

وإن كانت المتبرعة من أهل الحضانـة : والصغير لا يمتلـك مالا ولكن أباه أو من تلزمه نفقتـه موسـرا ، فـإن صاحبـة الحـق في الحضانة تقدم أيضا على المتبرعة ، لتحقق مصلحة الصغير في الرعاية والعناية والحنـان والشـفقة ، ومصلحتـه مقدمـة علـى الضرر الذي يلحق المنفق في دفعه الأجرة . ولكن إذا كان الأب معسرا فإن المتبرعة تقدم في هذه الحالة علـى الأحق بالحضانـة الطالبة للأجرة لدرء الضرر عن الأب المعسر ، بإلزامه بـالأجرة في ذمته ، وكذا لو كان للطفل مال ، لأن دفع أجرة الحضانة مـن مالـه ضيـاع لجزء مـن مالـه دون مبرر ، لوجـود متبرعـة مـن محارمه حتى ولو كانت شـفقتها أقل مـن الأخـرى ، وعلـى ذلـك فالمتبرعـة لاتقدم علــى صاحبــة الحــق فــي الحضانــة إلا فــي صورتين :

الأولى : إذا كانت الأجرة مـن مـال المحضـون . الثانيـة : إذا كانت على الأب المعسر ولكن يشترط فيها أن تكون مـن القرابـة المحرمية للمحضون لتكون أهلا لحضانته .

مكان الحضانة وانتقال الحاضنة منه

إذا كانت الحاضنة هى الأم ، والزوجية قائمة بينها وبين زوجها - أب الصغير - فإن بيت الزوجية هو المكان الذى يحضن فيه الصغير ، وفى هذه الحالة لا يجوز للأم أن تخرج منه أو تسافر إلا بعد الحصول على إذن زوجها سواء أكان الصغير معها أم لا ، فالقرار فى منزل الزوجية حق من حقوق الزوج وواجب من الواجبات الملقاة على عاتقها طالما كان موفيا لحقوقها .

وإذا كانت الحاضنة معتدة من طلاق رجعى أو بائن فلا يجوز لها أن تخرج من مسكن العدة حتى لو أذن لها مطلقها بالخروج أو السفر ، لأن الشارع أوجب عليها المكوث فيه طيلة فترة العدة ، قال تعالى : " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة "[٢١]. ولكن إذا انتهت العدة فإن لها أن تنتقل بالمحضون إلى مقر إقامتها فى نفس البلدة ، أو إلى مقر إقامتها فى بلدة أخرى إذا كانت قريبة لتمكين الأب من رؤيته والاطمئنان عليه دون تعب أو مشقة وبشرط أن تكون من نوع البلدة الأولى أو أفضل منها ، فلا يجوز لها أن تنتقل من مدينة إلى قرية لاختلاف مستوى المعيشة والحياة فى القرية عن

---

(٢١) الطلاق آية " ١ " .

المدينة ، فالأخلاق فى القرى تتصف بالجفاء وفى هذا ضرر بالصغير لأنه سيطبع بطباعهم ، فضلا عن هبوط مستوى المعيشة فيها ، لتوافر العطف والحنان والرعاية من أهلها ، كما لا يجوز لها أن تنتقل إلى مدينة بعيدة كما فى ذلك من ضرر التفريق بين الصغير وأبيه إلا بالقيدين المذكورين : أن تكون موطنها الأصلى ، وتم عقد قرانها فيها ، فوجود الطفل بين أهل زوجته يوفر له الجو العائلى والدفء الأسرى المطلوب .

ضابط القرب والبعد عند فقهائنا : البلد القريب هو الذى يتمكن الأب أو الولى من السفر إليه ليرى ولده ويعود إلى منزله قبل دخول الليل ، وإلا فإنه يكون بعيدا . وبالنظرة الفاحصة إلى هذا الضابط نجد أنهم كانوا متأثرين بعاملين أساسيين عند القول به هما :

أ- أن وسائل الانتقال كانت بدائية ، ومنحصرة فى ركوب الدواب من إبل أو حمير أو بغال أو خيل أو استخدام قدميه .

ب- ومنع السفر والترحال فى الليل لاشتماله على مخاطر عدة : منها انتشار قطاع الطرق واللصوص مما يهدد حياة المسافر وماله ، وعلى ذلك فالعرف هو سندهم الوحيد فى وضع هذا الضابط ، وبالنظر فى زماننا نجد أن هذا العرف قد تغير وتبدل ، فالمواصلات السريعة والمريحة من طائرات وسيارات وقطارات تجوب الطرق ليلا ونهارا ، وتلاشى الفارق بين الليل والنهار ، هذا بالإضافة إلى أن معظم الطرق

مضاءة بالكهرباء مع انتشار الأكشاك المرورية والدوريات السيارة التى تحافظ على الأمن والأمان للجميع ، وعلى ذلك فالضابط فى رأينا الآن هو القدرة المالية والصحية على تحمل مشقة السفر ونفقاته لرؤية ولده وقضاؤنا يأخذ بهذا كله ، إذا كانت الحاضنة هى الأم . ولكن إذا كانت الحاضنة غير الأم ، كأن كانت عمة أو خالة أو جدة أو أختا فإنهم اختلفوا فى ذلك : فالجمهور يرى عدم جواز انتقالها إلى بلد غير بلد الأب إلا بعد الحصول على إذنه ، وللأب أو لمن يحل محله إذا لم يكن موجودا الحق فى منعها من ذلك ، حتى ولو كان البلد قريبا أو موطنها الأصلى ، فقد أبيح للأم ذلك بسبب إبرام العقد عليها فيه ، وهذا ليس متحققا فى غيرها .

ويرى البعض : إباحة انتقال الحاضنة غير الأم إلى البلد القريب دون إذن مسبق من الأب أو نائبه لأنه كانتقالها إلى أحد أطراف البلدة الواحدة دون فرق ، وقد أخذ فقهاؤنا بهذا الرأى .

ولا يخفى أن فى اشتراط وجود الولد فى بلدة واحدة مع أبيه أو فى بلدين غير متباعدين إلا لضرورة موافقة الأب ، لتحقيق مصلحة الصغير ، وهذه المصلحة لا تكون كاملة إلا برعاية والده وملاحظته وهو فى حضن أمه أو حاضنته ، هذا بالإضافة إلى توجيه المولى لنا بعدم إلحاق الضرر بأحد الوالدين ، قال تعالى : " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " .

ولنفس هذا المعنى قالوا : لا يجوز للوالد أن يقوم باصطحاب ولده المحضون معه فى السفر لبلدة أخرى إلا بعد حصوله على موافقة أمه على ذلك ، سواء أكان البلد قريبا أم بعيدا ، لكيلا يتسبب ذلك فى تضييع حقها فى حضانته ولكن إذا سقطت حضانتها بسبب زواجها من أجنبى وانتقلت حضانته إلى خالته مثلا التى لا تقيم فى نفس البلدة ، فللأب اصطحابه إليها ، وللأم أن ترجعه غليها فى بلدتها إذا عاد حقها فى حضانته .

ما الأثر المترتب على مخالفة الحاضنة بانتقالها إلى بلد منعت من الانتقال إليه ؟ إذا كانت الحاضنة أما والزوجية قائمة بينهما أو معتدة منه فالأمر يسير فى هذه الحالة ، فللأب أن يأمرها بالعودة إلى مقرهما ، ولكنه لا يستطيع أخذ الطفل منها لأن فى ذلك إبطال لحقها فى الحضانة .

وأما إذا كانت غير ذلك : وطلب منها الرجوع ولم تمتثل فلم يرد نص عن فقهاء الحنفية ببطلان حقها فى الحضانة أو بقائه ، فما ورد عنهم أنها ممنوعة من الانتقال إلا بإذن الأب ، وليس له إلا أن يطلب منها العودة إلى مقر الحضانة ، لذا اختلف قضاتنا فى أحكامهم : فمنهم من قضى بسقوط حقها فى الحضانة ، واستندوا فى ذلك إلى أن : عدم النص على كونه شرطا لا يقتضى إهدار معناه ، لأن الحاضنة إذا كانت ممنوعة من الانتقال إلى بلد بعيد إلا إذا كانت موطنها الأصلى الذى تزوجها فيه وعقد لها فيه ، وللأب منعها منه ، فإن الأثر العملى الذى

يترتب على هذا هو سقوط حقها في الحضانة ، فلا يمكن أن يقتصر الأثر على مجرد اعتبارها آثمة أخرويا فقط ، لأن الأحكام المنظمة لحضانة الصغار الغرض منها تحقيق مصالحهم في الدنيا ، ولا يجوز أن تجبر الأم على العودة إلى بلد الأب بالقوة ، لأن الأب لا يملك إجبارها على ذلك إلا في حالتين لا ثالث لهما : إذا كانت زوجته معتدة منه ، وما عداها لا سلطان له عليها ، وإذا كانت لا تجبر على الحضانة إلا إذا لم يوجد غيرها فلا يمكن إجبارها على الإقامة في بلد معين لحضانة الطفل من باب أولى ، وعلى ذلك فلم يبق من هذه المخالفة من أثر إلا أخذ الولد منها ولا يمكن انتزاعه منها لحقها في حضانته . لكن سقوط حقها في الحضانة لا يمنع من استحقاقها لأجرة الحضانة حتى ولو انتقلت به إلى البلد البعيد ، فطالما أنها قامت بحضانته فتكون مستحقة للأجرة على المدة التي قامت فيها بذلك ، لقيامها بعمل تستحق الأجرة عليه .

ومنهم من قضى بعدم سقوط حقها في الحضانة بهذا الانتقال ، لأن عدم الانتقال ليس شرطا من شروط أهلية الحضانة ، لذا يبقى حقها في الحضانة مع استحقاقها للأجرة عليها .

ويلزم التنويه إلى أن للوالد غير الحاضن الحق في رؤية ولده أي أن للأب الحق في رؤية الطفل إذا كان في حضانة الأم ولا يجوز لها أن تمنعه من ذلك ، وللأم الحق في رؤية المحضون

إذا كان فى رعاية أبيه وتحت ولايته بعد انتهـاء مدة الحضانـة ،
ولا يجوز إجبار الحاضن على إرساله إلى مقر إقامـة الآخـر بـل يخرجه إلى مكان يمكن أن يراه فيه ، فكـلا الأبويـن لـه حـق فـى الولـد ولا يستطيع أحدهمـا إبطـال حـق الآخـر ، هـذا ولـم يحـدد الفقهاء مددا لهذه الرؤية ولكن البعض قاسها على رؤيـة الزوجـة لأبويها ، فمن حقها على زوجها تمكينها من رؤيتهما كل أسـبوع مرة تحقيقا للبر والتراحم والتعاطف بين الأصول والفروع ، وأما إذا كان طالب الرؤية من أقاربـه المحـارم فلهـا رؤيتـه كـل شـهر مرة ، وقضاؤنا يأخذ بهذه المدد .

الفصل الخامس

مدة الحضانة وإلى من يسلم الصغير بعدها

أولا : مدة الحضانة : للحضانة بداية ونهاية ، فبدايتها منذ نزول الولد حيا من بطن أمه ، وتنتهى باستغناء الولد عن خدمة النساء إذا كان ذكرا ، لأنه فى المرحلة الأولى يحتاج إلى من يعتنى به فى غذائه وملبسه ومن ينظف له جسمه وملابسه ، وبانتهاء هذه الفترة يحتاج إلى من يعلمه الأخلاق الإسلامية ويقوم بتأديبه وتعليمه ، والأب هو الذى يستطيع القيام بهذه المهمة على أكمل وجه ، واختلف الفقهاء فى تقدير مدة الاستغناء عن خدمة النساء : فالبعض قدرها بسبع سنين ، والبعض قدرها بتسع سنين .

وأما إذا كانت المحضونة أنثى فإن حضانتها تستمر إلى البلوغ ، وبعد بلوغها تحتاج إلى من يسهر على المحافظة عليها ، لأنها فى أخطر فترة من حياتها والرجال أقدر على ذلك من النساء ، ولكنهم اختلفوا فى تقدير بلوغ حد الشهوة : فالبعض قدرها بتسع سنين والبعض قدرها بإحدى عشر سنة ، ومن المعروف أن التقديرات الشرعية تكون بالسنين القمرية ولكننى أعتقد أن القضاة فى أحكامهم لا يأخذون بذلك ، لأن شهادات الميلاد تأخذ بالتقويم الشمسى ، وهى مستندهم الوحيد لمعرفة سن الولد المحضون ، وقد يقول قائل : لماذا رفع سن انتهاء المرحلة

الأولى لحضانة الفتاة عن سن حضانة الذكر ؟ والإجابة بسيطة للغاية : فالفتاة محتاجة إلى هذه المدة لتقوم أمها أو من تتولى رعايتها وحضانتها بتعليمها الشئون المنزلية والعادات والأخلاق التى تليق بالمرأة المسلمة ، هذا وقد أعطى القانون المصرى للقاضى السلطة فى زيادة سن الفتاة إلى إحدى عشرة سنة ، والفتى إلى سن التاسعة ، فنص فى المادة العشرين على أن : " للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع سنين ، وللصغيرة بعد تسعة إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك " . وقد كانت المحاكم تطبق الرأى الراجح فى المذهب الحنفى وهو سبع سنين للفتى وتسع للفتاة إلى أن قام المشرع الوضعى بتغييره فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة السابقة . وهذا التعديل قصد به مراعاة الحالات التى تستدعى زيادة السن بشرط أن يكون ذلك فى مصلحة الصغير ، وترك للقاضى تقدير هذه المصلحة ، ولكن بعد تطبيق هذا القانون ظهرت حالات استثنائية يكون الولد فيها محتاجا إلى خدمة النساء رغم بلوغه السن المحددة لانتهاء خدمتهن ، كالمجنون والمعتوه أو المريض بمرض لا يتمكن معه من القيام بخدمة نفسه ، لذا اختلف قضاتنا فى القضايا التى عرضت عليهم والمشتملة على حالة من هذه الحالات ، فالبعض أخذ بطريقة فقهاء الظاهرية وطبق النص حرفيا وقضى بتسليم الولد المذكور إلى أبيه أو وليه ، ولكن الغالبية راعت الهدف من الحضانة وضم الولد إلى أبيه أو وليه بعدها ، فإذا كان الهدف منها مراعاة

مصلحة الولد فإن مصلحته تقتضى إبقاءه مع أمه أو حاضنته إلى أن تنقشع هذه الغمة بزوال جنونه أو عتهه أو مرضه ، وفقهاؤنا الأوائل لم يحددوا سنا معينة لانتهاء حضانة النساء ، وإنما ربطوها باستغنائه عن خدمتهن . وقيام فقهائنا المتأخرين بتحديد سن معينة لاستغناء الولد عن خدمة النساء ، لمراعاة الغالب ، لذا يجب الرجوع إلى الأصل إذا وجدت حالة تشذ عن هذا الغالب لمرض أو لغيره بحيث لا يستطيع القيام بخدمة نفسه ، والمشرع الوضعى أيضا نظر إلى الغالب عند تحديده لهذه السن ، لذا فالقاضى ينظر إلى صالح المحضون فى مثل هذه الحالات .

إلى من يسلم الصغير بعد انتهاء مدة الحضانة : لقد ذكرنا أن الولد يسلم إلى أبيه إن كان موجودا بشرط أن يكون كامل الأهلية وإلا سلم إلى عاصب آخر يتلوه فى المرتبة ، الأقرب فالأقرب بترتيب الميراث ، ولكن يجب مراعاة أن الصغيرة لا تسلم إلى عاصب غير محرم كابن عمها ، لأنها بالغة وفى سن خطرة وغير محرمة عليه ، أما الصغير فلا شىء فى ضمه إلى عاصب غير محرم ، والقواعد التى وضعها الشارع آمرة بمعنى أن العاصب الحاضن لا خيار له فى ذلك سواء أكان أبا أم جدا أم عما ، لأنه راعى فيها ما يحقق المصلحة ، ويظل الذكر عند هذا العاصب حتى يبلغ مأمونا على نفسه ، فإذا بلغ بظهور أمارات البلوغ وعلاماته ، أو بالسن ولكن غير مأمون على نفسه ، بقى عند وليه حتى يصير مأمونا ، أما الأنثى فإنها تظل فى كنف وليها إلى أن تنتقل إلى منزل زوجها ، ولكن إذا لم تتزوج

وتقدمت سنها واكتسبت الخبرة والحكمة وعلم عنها رجاحة عقلها ومحافظتها على عفتها صارت أحق بنفسها ولا تجبر على القيام مع وليها ، وأما إذا تزوجت وطلقت من زوجها أو مات عنها وهى ما يطلق عليها بالثيب ، فإنها أحق بنفسها إذا كانت أمينة على نفسها ، ولكن البكر الصغيرة التى يخشى عليها من الفتنة أو الثيب الغير مأمونة على نفسها فإنها تظل عند عاصبها المحرم .

الولاية

الولاية إما أن تكون ولاية قاصرة وإما أن تكون ولاية متعدية ، فالقاصرة هى ولاية الشخص على نفسه وماله ، والمتعدية هى ولاية الشخص على غيره ، وهى محل بحثنا فى هذا الباب ، فنتحدث عن ولاية الشخص على نفس الغير فى الفصل الأول ، وولايته على مال الغير فى الفصل الثانى .

الفصل الأول

ولاية الشخص على نفس الغير

ويقصد بالولاية هنا : السلطة المخولة للولى للمحافظة على نفس الصغير وصيانتها ، وتربيته وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة وتزويجه . فالطفل بعد انقضاء مدة الحضانة لا يستطيع القيام بهذه الأمور بنفسه ، لأنه لا يدرك وجه المصلحة فيها ، لذا فهو محتاج إلى من يتولى توجيهه وإطلاعه على ما يحقق مصلحته وهو الولى ، ويلحق بالصغير كل شخص عاجز عن إدراك مصلحته كالمجنون والمعتوه . وهذه الولاية لا ترتفع عن الصغير إلا إذا بلغ عاقلا مأمونا على نفسه ، وأما الأنثى فلا ترتفع عنها إلا إذا تزوجت أو تقدم بها السن ولا يخشى عليها

بكرا كانت أو ثيبا ، وتظل على المجنون والمعتوه حتى يعود إليهما عقلهما .

الأشخاص الذين تثبت لهم هذه الولاية وفقا للمذهب الحنفى : الولاية على النفس تكون للأقارب من العصبة الذكور : الأصل : الأب وأب الأب (الجد) وإن علا ، والفرع : الابن وابن الابن وإن نزل ، والعم الشقيق والعم لأب وابن العم الشقيق وابن العم لأب وإن نزل . ويلزم الإشارة إلى أن الولاية على الأنثى لا تكون إلا للعاصب المحرم ، وعلى ذلك فلا تثبت الولاية عليها لابن عمها ، فإذا لم يوجد غيره أمر القاضى ببقائها عند حاضنتها أو بوضعها عند أمين . فالولاية تكون على حسب الميراث أى الفروع أولا ثم الأصول ثم الأخوة وأبنائهم ثم الأعمام وأبنائهم ، ولكن إذا كان الفرع صغيرا ولا يوجد بينهم كبير ، فإن الولاية تثبت للأصل ، فإن كان واحدا فقط تثبت له ، وإن كانوا أكثر من واحد قدم الأقرب درجة ، فإن تساووا فى الدرجة قدم الأقوى قرابة ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، فإن تساووا فى الدرجة وقوة القرابة اختار القاضى أصلحهم لهذه الولاية .

وقت انتهاء الولاية : ترتفع الولاية على النفس للذكر ببلوغه بالأمارات الدالة على ذلك وهى الاحتلام وظهور شعر الشارب والإبط والعانة وغلظ الصوت ، وأما الأنثى بالاحتلام والحيض وشعر العانة والإبط ، فقد روى النسائى أن رسول الله ﷺ " لما

عرض عليه بنو قريظة فحكم بقتل من كان محتلما أو أنبت عانته ومن لا ترك " . فإن لم توجد أمارات فبالسن وهو خمس عشرة سنة كما يرى الحنفية وبعض الفقهاء ، وعلى ذلك فإذا بلغ مأمونا على نفسه انتهت الولاية عليه ، وله أن يظل مع وليه أو يسكن منفردا هذا بالنسبة للذكر ، أما الأنثى فالولاية عليها مستمرة إلى أن تتزوج أو تتقدم بها السن وتصير مأمونة على نفسها ، فإذا وصلت إلى هذه الحالة فلها أن تسكن مع أمها أو منفردة .

شروط الولى على النفس :

١- أن يكون الولى مكلفا أى بالغا عاقلا لأن الصبى والمجنون أو المعتوه لا ولاية له على نفسه فلا يكون وليا على غيره ، بل فى حاجة إلى من يتولى أمره .

٢- أن تتوافر لديه القدرة على القيام بأعباء الولاية ، فالعاجز عن ذلك ليس بأهل للولاية .

٣- أن يكون أمينا : أى متدينا ذا خلق حسن ، فالفاسق لا تجوز ولايته ، لأنه سيؤثر فى الصغير تأثيرا بالغا ، فيكتسب الصغير جميع صفاته السيئة ، وكذا المهمل المستهتر لا تجوز ولايته : فمن اتصف بهذه الصفة اللاأخلاقية لا يصح أن يلى أمر غيره ، فقد يتركه مريضا بلا علاج أو يتركه بلا تعليم ، لذا تنتقل الولاية إلى من يليه حفاظا على مصلحة الصغير .

٤- أن يكون الولى على دين المولى عليه : فالاختلاف فى الدين يؤدى إلى تعرض الصغير إلى خطر التأثير بدين وليه ، فالأكبر يؤثر فى الأصغر ، وعلى ذلك فلو كانت الولاية للأعمام الأشقاق وأحدهما على دينه والآخر مختلف معه ديانة ، فإن الولاية للأول دون الثانى .

وهذا الشرط لا يشترط فى القاضى ، لأن القاضى نائب عن ولى لأمر صاحب الولاية العامة على جميع رعاياه مسلمين وغير مسلمين .

ويلزم التنويه إلى أن هذه الشروط الأربعة يلزم توافرها فى ابتداء الولاية وأثنائها إلى أن تنقضى ، فإذا تغير أحد هذه الشروط سلبت الولاية منه ، وأعطيت لمن يليه فى المرتبة ، وقد كانت المحاكم المصرية تسير على هذا ، لأنه الرأى الراجح عند الحنفية إلى أن صدر القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الذى نظم أحكام الولاية على النفس ، ونص فيه على نوعين من الحالات التى تسلب فيها الولاية : النوع الأول : نصت المادة الثانية على الحالات التى يجب فيها سلب الولاية وسقوط جميع الحقوق المترتبة عليها وهى :

١- إذا حكم على الولى فى جريمة وقعت منه على أحد ممن تشملهم الولاية ، من جرائم الاغتصاب أو هتك العرض أو لجريمة منصوص عليها فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٢- إذا حكم عليه فى جناية وقعت منه على نفس أحد المشمولين بولايته أو حكم عليه لجناية وقعت من أحدهم .

٣- إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة على غير المشمولين بولايته .

ولقد أوجب المشرع الوضعى سلب الولاية فى هذه الحالات لانعدام أمانته وأهليته لهذه الولاية ، لذا تسلب ولايته على من وقعت عليه الجريمة ، وعلى غيره إن كان وليا على أكثر من نفس .

<u>النوع الثانى</u> : حالات لا يجب فيها سلب الولاية ، بل الحكم بسلبها جوازى للقاضى وله أن يكتفى بوقف جميع الحقوق المترتبة عليها أو بعضها فقط ، وقد نصت عليها المادة الثالثة من القانون المذكور : فقالت : " لا يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية فى الأحوال الآتية :

١- إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، والحكمة من ذلك جلية ، لأن الولى المحكوم عليه بهذه العقوبة لن يستطيع بالوفاء بالأعمال الموكولة إليه ، لذا فلا فائدة ترجى من بقاء ولايته على الصغير المولى عليه .

٢- إذا حكم عليه لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا كانت الجريمة وقعت على غير من تشملهم الولاية ، وكان هذا الحكم لأول مرة .

٣- إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

٤- إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بولايته دارا من دور الاستصلاح وفقا للمادة ١٦٧ من قانون العقوبات أو طبقا لنصوص قانون الأحداث المشردين .

٥- إذا عرض الولى صحة أحد المشمولين بولايته للخطر ، أو عرض سلامته أو أخلاقه أو تربيته لذلك بسبب سوء معاملته أو سوء خلقه وقدوته نتيجة اشتهاره بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

وأجاز القانون المذكور للمحكمة فى الحالتين الرابعة والخامسة أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير وتعليمه بدلا من سلب ولايته إذا رأت مصلحة

الصغير فى ذلك ، كما أجاز للوزارة أن تعهد بهذا العمل إلى أحد المعاهد والمؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وإذا حكم القاضى بسلب الولاية أو وقفها ، أسند الولاية إلى من يليه فى المرتبة فإذا امتنع أو لم تتوافر فيه شروط أهلية الولاية ، جاز للمحكمة أن تعهد بذلك إلى أمين حتى ولو لم يكن قريبا له ، طالما أنه حسن السيرة أمينا عليه أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المتخصصة بذلك . وإذا حكم القاضى لأجنبى بالولاية على الصغير يجوز له أن يفوضه بمباشرة جميع الحقوق أو بعضها ، وإذا حرمته من بعض الحقوق ، قامت بتفويض أحد أقاربه أو أى شخص آخر متصف بالأمانة بمباشرتها ، أو إلى معهد أو مؤسسة اجتماعية على حسب ما فيه مصلحة الصغير .

إعادة الولاية المسلوبة : نصت المادة الحادية عشرة من القانون السالف بأنه : " يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقا للبند ٢ ، ٣ من المادة الثانية ، أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقا للبند ١ ، ٢ ، ٣ من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التى سلبت منهم إذا رد اعتبارهم ، ويجوز أيضا فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ ، ٥ من المادة الثالثة إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية " . وإذا دققنا النظر فى أحكام هذه المادة نلاحظ الآتى :

أ- الحالات التى يجب فيها سلب الولاية والمنصوص عليها فى البند الأول من المادة الثانية " جرائم اغتصاب أو هتك عرض من تشملهم ولايته ، وارتكابه لجريمة داخلة تحت قانون ٦٨ لسنة ١٩٥١ والخاص بمكافحة الدعارة " لا يجوز إعادة الولاية المسلوبة .

ب- وأما باقى الحالات المنصوص عليها فى المادة الثانية - البندين الثانى والثالث - من حالات وجوب سلب الولاية ، أو الحالات الثلاث لجواز سلب الولاية المنصوص عليها فى المادة الثالثة ، يجوز إعادة الولاية إذا طلب الولى ذلك بعد رد اعتباره .

جـ- وأما فى الحالات الأخرى - الرابعة والخامسة - فى المادة الثالثة - من حالات جواز سلب الولاية ، يجوز للولى استرداد حقوقه التى سلبت منه إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

الفصل الثانى

ولاية الشخص على مال الغير

يقصد بولاية الشخص على مال الغير : السلطة المخولة له من الشارع للقيام بالتصرفات والعقود التى تتعلق بمال المولى عليه . من بيع وشراء وإجاره ورهن وإعارة وغيره .

وهذا النوع من الولاية يثبت بالاتفاق على جميع الأشخاص الذين لا يستطيعون القيام بالتصرفات المالية كالصغير والمجنون والمعتوه ، ويثبت عند الجمهور على السفيه وذى الغفلة . وخالف الإمام أبو حنيفة الجمهور فى ذلك .

أولا : الصغير : الولاية تكون تامة على الصغير فى الفترة الأولى من حياته وهى التى يكون فيها عديم التمييز ، وتبدأ من ولادته حتى يبلغ السابعة من عمره ، أى أن جميع التصرفات المالية المتعلقة به يقوم بها وليه ، لانعدام إدراكه وتمييزه ، لذا فإن جميع تصرفاته باطلة لا يعتد بها ولا يترتب عليها أى أثر . وأما بعد إكمال الصغير للسنة السابعة من عمره ، فإنه يكون صبيا مميزا أى يفرق بين ما ينفعه وما يضره ، ويعرف ما تدل عليه العقود إجمالا ، أى أن البيع يخرج المبيع من حيازة البائع ، والشراء إدخال للشىء المشترَى فى حيازة المشترِى ، ولكن أهليته للتصرف والتعاقد لم تكتمل بعد ، لذا فهو محتاج إلى

مشورة وليه ، لذا قسم الحنفية تصرفات الصبى المميز إلى ثلاثة أقسام :

أ- تصرفات نافعة نفعا محضا : مثالها : قبوله الهبات والوصيات والتبرعات وهذه التصرفات تكون صحيحة ونافذة ولا يحتاج إلى إذن من وليه .

ب- تصرفات ضارة ضررا محضا : مثالها : أن يقوم بإبرام الوصايا أو الهبات أو التبرع من ماله ، فهذه التصرفات تكون باطلة وغير نافذة حتى ولو أجازها وليه .

جـ- تصرفات دائرة بين النفع والضرر : مثالها : أن يقوم بمباشرة الشراء أو البيع أو الإجارة أو أى عقد من عقود المعاوضات ، وهذا النوع من التصرفات موقوف على إجازة وليه ، فإن أجازها نفذت وإلا فلا ، وإجازة الولى مرتبطة بالمنافع المترتبة على تصرفه وكونها أكثر من المضار ، وعدم الإجازة مرتبط بالمضار المترتبة على تصرفه وكونها أكثر من المنافع ، وذلك فى حدود ولايته . ويظل الحال هكذا إلى أن يبلغ الصبى ، والبلوغ قد يكون بالعلامات والأمارات الدالة عليه أو بالسن عند انعدامها ، وقد اختلف فقهاؤنا فى سن البلوغ على النحو الآتى : يرى جمهور الفقهاء أنه خمس عشرة سنة ، ويرى أبو حنيفة : أنه ثمانى عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة ، ويرى مالك : أنه ثمانى عشرة سنة للذكر والأنثى .

واستدل الجمهور لرأيه : لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : عرضت على النبى ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى " [1]. من هذا الحديث يتضح لنا أن الرسول ﷺ قد أذن لابن عمر بالخروج للقتال فى هذه السن وهذا دليل على أن السن المذكور هو الحد الأدنى للبلوغ .

واستدل مالك لرأيه : بقوله تعالى : " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده " [2]. فقد فسر أشد اليتيم بثمانى عشرة سنة ، فكان حد البلوغ بالسن ، ولكن الإمام أبا حنيفة أنقص الفتاة سنة لأنها تبلغ قبل الفتى عادة . ويلزم التنويه إلى أن المال لا يسلم إلى المولى عليه بمجرد بلوغه وإنما بعد ثبوت رشده ، ويقصد بالرشد : حسن التصرف فى المال ، فلا ينفقه إلا بما يوافق الشرع والعقل ، ولكن الفقهاء لم يحددوا سنا معينة للرشد ، لأنه من الأمور التى لا يمكن ضبطها بسن معينة ، فهو يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، ويرى الإمام : تسليم ماله إليه ببلوغه خمسا وعشرين سنة ، ولو لم يرشد ، فحجب ماله عنه بعد هذه السن إهدار لكرامته رغم بلوغه عاقلا ، فالهدف من حجب ماله عنه تعويده على السلوك الطيب وأوجه الإنفاق المشروعة فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يستفد من ذلك ، فلا

---

(١) نيل الأوطار ٢٨٢/٥ .

(٢) الأنعام آية " ١٥٢ " .

أمل يرجى منـه ، وإذا دار الأمـر بيـن كرامتـه الإنسـانية والمـال رجحت كفة الأولى ، لأنه قد يصبح جدا وأنـا أستحى أن أحجـر عليه ، كمـا أنـه مخـاطب بالتكـاليف الشـرعية ، ومـأمور بالوفـاء بالعقود فى قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بـالعقود " [٣]. وفى الحجر عليه معارضة لهذه الآية .

وأمـا الصاحبـان فيريـان : أن الرشـد يثبـت لـه بعـد التجربـة والاختبار ، وإذا لم يثبت رشده ، فلا يعطـى مالـه مهمـا بلـغ مـن السن . لقوله تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعـل اللـه لكم قياما وارزقوهم فيهـا واكسـوهم وقولـوا لهـم قـولا معروفـا ، وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " [٤]. فـإن ثبـت الرشـد بـالفعل أى بعـد التجربـة والاختبار سلم إليه ماله .

ويرى بعض الفقهاء : أن الرشد يثبت بشـهادة رجليـن عدليـن فى الذكور والإناث ، وبشهادة النساء وحدهن أو مع الرجـال فـى الإناث فقط .

الراجح : هو رأى الجمهور لقوة أدلته ، ولقوله تعالى : " فـإن كان الذى عليه الحق سفيها أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليـه بـالعدل " [٥]. فقـد جعـل اللـه للسـفيه وليـا يتصـرف عنــه ، هـذا

---

(٣) المائدة " ١ " .

(٤) النساء ءية " ٥ ، ٦ " .

(٥) البقرة آية " ٢٨٢ " .

بالإضافة إلى أن الحجر عليه يحقق مصلحة له ، وهى المحافظة على ماله من الضياع لكيلا يصير عالة على المجتمع وفقيرا بعد أن كان ميسور الحال ، ورغم عدم وجود سن معينة فى الفقه الإسلامى للرشد المالى ، فقد قام المشرع الوضعى بتحديده بإحدى وعشرين سنة ميلادية ، وهذا التحديد يؤدى إلى استقرار المعاملات وسهولة التطبيق القضائى .

أما المجنون : فحكمه حكم الصبى غير المميز سواء كان جنونه مطبقا أو متقطعا ولكنه فى حال إفاقته يعامل كالعاقل .

وأما المعتوه : فحكمه حكم الصبى المميز ، لأنه يشبهه فى قلة الفهم وفساد التدبير ، لاختلاط كلامه فهو يشبه كلام العقلاء وكلام المجانين .

وأما ذو الغفلة : فحكمه حكم السفيه ، فهذا الشخص لا يهتدى إلى التصرفات النافعة ، ويغبن فى تعامله مع الغير لضعف إدراكه .

الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية المالية :

لقد وضع الحنفية نظاما للولاية المالية هى : تثبت الولاية المذكورة للأب أولا ، ثم لوصى الأب فى حالة عدم وجوده ، حتى لو كان الجد موجودا على قيد الحياة ، ثم لوصى وصى الأب ، ويقدم على الجد أيضا عندهم ، ثم الجد ثم لوصيه ثم لوصى وصيه إن وجد ، فإن عدم كل هؤلاء كانت الولاية

للقاضى الذى يقوم باختيار وصى ليتولى الإشراف على المولى عليه . وأما الحنابلة والمالكية فلم يدخلون الأخ فى الوصاية إلا إذا جعله الأب أو القاضى وصيا لأنه لا يدلى إلى المولى عليه بنفسه وإنما يدلى إليه بالأب فلا تكون له الولاية المالية ، وأما الشافعية فجعلوا الجد بعد الأب مباشرة ، وتقدم الأب لا يمكن أن يجادل فيه أحد لأنه الأوفر شفقة على ولده والأحرص على مصلحته ، ويدافع الحنفية عن وجهة نظرهم ، بتقديم وصى الأب على الجد : بأن اختيار الأب لوصى على ولده مع وجود الجد دليل على أنه أولى من الجد لتوافر الصفات اللازمة للولاية فيه ، من الأمانة والخبرة والتجربة ، وإرادة الأب تنفذ وتحترم فى حياته وبعد مماته .

أما الولاية على المجنون والمعتوه : فإنها تكون للأولياء الذين تثبت لهم بسبب الصغر ، إذا بلغ الصغير مجنونا أو معتوها ، فلا يوجد مبرر لرفعها لذا فإن هذه الولاية مستمرة إلى الإفاقة باتفاق الحنفية . ولكن إذا بلغ الصغير عاقلا ثم جن أو أصابه العته فإنهم اختلفوا : فالإمام والصاحبان : يقولون بعودة الولاية للولى السابق لوجود العجز المقتضى للولاية .

وأما زفر فيرى أن الولاية تكون للقاضى ، لأن الولاية السابقة سقطت والساقط لا يعود ، لكن الراجح هو الرأى الأول ، لأنه لا يمكن أن تعطى الولاية للقاضى والأب أو الجد على قيد الحياة هذا بالإضافة إلى أن القاضى لن يتولاه بنفسه وإنما بوصى

يعينه ، وتعيين الوصى الأجنبى لا يكون مقبولا فى وجود الأب أو الجد .

وأما الولاية على السفيه وذى الغفلة : فإنها تكون للأولياء الذين تثبت لهم بسبب الصغر عند محمد بن الحسن ، ويرى أبو يوسف أن الولاية للقاضى . وأما إذا بلغ الصغير رشيدا ثم أصبح سفيها أو غفلانا فإن الولاية تكون للقاضى الذى يقوم بتعيين شخص يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته ، فالغرض من الحجر هو المحافظة على مالهما ، والقاضى نائب عن الحاكم المختص بذلك . وقضاؤنا كان يطبق رأى الحنفية إلى أن صدر القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٣ المنظم لقواعد الولاية على المال ، فنص فى المادة الأولى منه : على أن : " الولاية للأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة " . ونص فى المادة التاسعة والعشرون منه على أنه : " إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا " فالقانون قد جعل الولاية على المال للأب ثم لوصيه ويسمى الوصى المختار فإن عدما كانت الوصاية للجد ثم للقاضى الذى يقوم بتعيين وصى ، وهذه الولاية إلزامية لمن تثبت له ، ولا يجوز له التنازل أو التنحى عنها إلا بعد حصوله على إذن من المحكمة ، والمحكمة لا تأذن بذلك إلا إذا وجد سبب معقول لهذا التنحى ، كالمرض المزمن المعجز أو كبر

السن المانع من القيام بواجباته المنوطـة بـه ، فهذه الولايـة حـق وواجب شرعى ، لذا لا يجوز التنازل عنها إلا بمجوز شرعى .

شروط الولى على المـال : اشـترط الفقهـاء فـى الولـى المذكور الشروط الآتية :

الشـرط الأول : أن يكـون مكلفـا أى بالغـا عـاقلا فـالصبى والمجنون لا ولاية له على ماله ، فلا تكون لـه ولايـة علـى مـال غيره من باب أولى ، ففاقد الشيء لا يعطيه .

الشرط الثاني : أن يكـون حـرا فـالعبد نـاقص الأهليـة ، وهـو وما ملكت يداه لسيده ، وبالتالى لا ولاية له على غيره .

الشرط الثالث : أن يكون الولى متفقا فى دينـه مـع القـاصر : وصورة ذلك : أن يكون الأبـوان كتابيـان ثـم تعلـن الأم إسـلامها ويبقـى الأب علـى دينـه ، فـإن ذريتهمـا ذكـورا أو إناثـا يحكـم بإسلامهما ، لأن القاعدة عندنا : أنهم يتبعون خير الأبوين دينـا ، لذا لا تثبت الولاية للأب عليهم ، لأنه لا ولاية لغير المسلم علـى المسلم لقول الله تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سـبيلا " [٦]. ويطبـق نفس الحكـم : إذا كـان الأب مسـلما وتوفـى وترك أولاده المسلمون ولهم جد مسيحى أو يهودى ، فإن الولاية لا تكون لهذا الجد .

---

(٦) النساء آية " ١٤١ " .

وهذا الشرط لا يطبق على القضاة : لأن القانون عندنا يجيز تولية غير المسلم للقضاء ، لأن ولاية القاضي ولاية عامة مستمدة من رئيس الدولة الذى يعتبر وليا لمن لا ولى له من رعايا الدولة مسلمين وغير مسلمين .

الشرط الرابع : ألا يكون سفيها : فهذا النوع لا يؤتمن على مال القاصر حتى ولو لم يكن محجورا عليه ، وهذا يتفق مع ما يراه الصاحبان – محمد بن الحسن وأبو يوسف – من جواز الحجر على السفيه ، أما الإمام أبي حنيفة فلا يشترط ذلك لعدم جواز الحجر على السفيه عنده ، لذا يجوز عنده ولاية الأب السفيه على مال ابنه ، ولكنه يقيد تصرفاته بشرط : عدم الإضرار بمال القاصر .

سلطة الولى فى التصرف فى مال القاصر : القاعدة العامة فى ذلك :

أن الولى لا يملك إلا التصرفات المحققة لمصلحة القاصر : أى التصرفات النافعة نفعا محضا : كقبول الهبات والصدقات والوصايا ، أو التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والشركة والإجارة بشرط عدم اشتمالها على ضرر وإلا كانت باطلة ، هذا وقد فصل الحنفية تصرفات الأب على النحو الآتى : أولا : الأب السفيه المشهور بإسرافه ، فهذا الأب لا يجوز توليته على مال أولاده ، وحتى لو لم يكن سفيها وأعطى الولاية ثم ظهر سفهه سلبت منه الولاية ، وأعطيت لمن يستحقها

من أقاربه ، فإذا لم يوجد أحد منهم عين القاضي وصيا على القاصر ليحافظ على ماله ومصلحته .

ثانيا : الأب المشهور بفساد رأيه وسوء تدبيره مستحق للولاية على ولده لتوفر شفقته عليه ، بشرط أن يكون أمينا على ماله ، ولكن مع مراقبة تصرفاته لمنعه من إلحاق الضرر بولده ، لذا فهو ممنوع من إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إلا إذا كانت المنفعة فيها ظاهرة .

وقد قام بعض الفقهاء بوضع معيار للمنفعة الظاهرة : فالعقار يباع بضعف قيمته ويشترى بنصف قيمته ، والمنقول يباع بخمسين فى المائة زيادة عن قيمته ، ويشترى بأقل من قيمته بخمسين فى المائة ، مثال ذلك : أن يبيع ما قيمته أربعة بستة ، ويشترى ما قيمته ستة بأربعة ، والراجح هو الرأى الأول .

ثالثا : الأب المستور الحال الذى لم يعلم فساد رأيه أو تبذيره ، أو المعلوم حسن رأيه وتدبيره : تثبت له الولاية الكاملة وحرية التصرف فى مال المولى عليه باستثناء التصرف الضار ضررا محضا كالتبرع والهبة والصدقة وما شابه ذلك ، أى إخراج مال الصغير بدون عوض ، وعلى ذلك فله أن يبيع العقار والمنقول ويشترى له طالما كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو الغبن اليسير ، ولا يملك أحد نقض تصرفه لصدوره عن ولاية تامة .

أما إذا كان البيع والشراء بغبن فاحش فإنه يكون باطلا لأنه فى معنى التبرع ، لأنه ممنوع من إخراج ماله بطريق التبرع .

وعلى ذلك : يجوز للأب أن يقوم بالتصرفات الآتية :

أ- الشراء والبيع بالمثل أو بالغبن اليسير بل ويجوز له أن يشترى مال الصغير لنفسه أو يبيع ماله له بنفس القيد المذكور - بالمثل أو الغبن اليسير - ويتم العقد فى هذه الصورة بعبارة الأب وحدها بالأصالة عن نفسه والنيابة عن ولده ، وقد أجاز الحنفية هذا استثناء من القاعدة العامة التى لا تجيز فى العقود المالية ، تولى متعاقد واحد إبرام عقد منها بعبارته وحده ، ولم يوافق زفر الحنفى على هذا الاستثناء .

ب- التأجير لماله والاستئجار له دون غبن فاحش ، مع مراعاة عدم تأجير مال الصغير لمدة طويلة لما فيها من ضرر للصغير ، فالأجرة تزيد فيها غالبا ، فالمدة الطويلة إذن تحرمه من الحصول على حقه كاملا .

جـ- يجوز للأب أن يعير بعض الآلات والأشياء المملوكة للصغير ، ويستعير له أيضا من الغير ، لجريان العرف بذلك ، بشرط ألا تكون الآلة معدة للاستغلال والتأجير ، لأن إعارتها فى هذه الحالة يترتب عليها ضياع للأجرة ، مثال ذلك : ماكينة الرى ، الجرار الزراعى وما شابه ذلك .

د- يجوز للأب أن يودع أموال القاصر عند أمين ولو بأجرة ، محافظة على ماله من الضياع ، وفى العصر الحاضر يجوز إيداعها واستثمارها فى بنك إسلامى .

هـ- ولقد أجاز محمد بن الحسن الهبة بعوض مخالفا باقى الحنفية ، لأنها فى معنى البيع .

و- ويجوز له أن يرهن مال ولده فى دين على القاصر ، لأن العرف جرى بذلك ، ولا يشتمل الرهن على ضرر حتى ولو بيعت العين المرهونة فى مقابلة الدين ، لأن وفاء الدين واجب عليه ولكنهم اختلفوا فى رهن الأب لمال القاصر فى دين على الأب ، فأجاز الإمام ومحمد ذلك ، ولم يجز أبو يوسف وزفر هذا التصرف ، الراجح هو الرأى الأول استحسانا ، فقد قاسوا الرهن على الإعارة ، لذا قالوا بجوازه استحسانا ومستثنى من القاعدة العامة التى تعتبر الرهن من التصرفات التى تضر بمال القاصر .

يؤيد ذلك : أن للأب حق فى مال الصغير استنادا لحديث الرسول ﷺ : " أنت ومالك لأبيك " . فقد يضطر الأب لرهن مال ولده فى دين عليه ، فهذا التصرف جائز بشرط ألا يجد الأب مالا مملوكا له ليرهنه فى دينه ، فإذا كان عنده ما يرهنه فلا يجوز لأننا أجزنا ذلك استثناء للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها . وإذا نظرنا فى القانون رقم ١١٩ لعام ١٩٥٢ نجد أنه أخذ برأى الحنفية فى معظم هذه الأحكام وخالفه فى بعضها :

فقد نصت المادة الرابعة على أنه : " يقوم الولـى علـى أموال القاصر وله إدارتها وولايـة التصـرف فيهـا مـع مراعـاة الأحكـام المقررة فى هذا القانون " فقد جعل القانون للولى - أبا أو جـدا - إدارة أموال القاصر والتصرف فيها فى نطاق القيود المنصـوص عليها فى القانون .

ومن القيود المنصوص عليها : ما نصت عليه المادة الثالثـة : " لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر مـن مـال بطريـق التبـرع إذا اشـترط المتبـرع ذلـك " ويقـوم الوصـى الـذى عينـه المتـبرع بإدارة هذا المال ، وإذا لم يعين المتبرع وصيا قام القاضى بتعيين وصى لإدارته .

ولقد وافق القانون المذهب الحنفى فى الآتى :

المادة الخامسة : نصت على منعه من التـبرع بمـال القـاصر إلا لواجب إنسـانى أو عـائلى ، بشـرط الحصـول علـى إذن مــن المحكمة ، فإذا خـالف وتـبرع بـدون إذنهـا كـان التبرع بـاطلا ، وألزم بدفعه من ماله الخاص ، فالمشرع اسـتثنى هـذا النـوع مـن التبرع لدخوله فى دائرة التكافل الاجتمـاعى فـى داخـل الأسـرة ، فهو مشتمل على إتلاف للمال من ناحية ونفع من ناحية أخـرى ، فكأنه هبة بعوض لأنه تبادل للمنافع بين أفراد الأسـرة الواحـدة ، فمـا يقدمـه اليـوم يحصـل عليـه غدا ، كهدايـا الـزواج ومـا شـابه ذلك . وإذا كـان التـبرع لواجـب إنسـانى : مثـال ذلـك : مسـاعدة الضحايا والمضرورين فى الحرائق والزلازل والسيول أو لإنشاء

مدرسة أو مستشفى أو ما شابه ذلك : فهذا من باب التعاون على البر فى المجتمع ويمكن اعتباره كالزكاة الواجبة فى ماله .

وأما المادة السادسة : فمنعت الولى من التصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو أقارب زوجته حتى الدرجة الرابعة إلا بإذن من المحكمة : وهذا الحظر لتحقيق مصلحة الصغير ، وللخوف من المحاباة ، والمحكمة لا يمكن أن تحابى الولى إضرارا بالقاصر . بل إن فى هذه المادة منع الولى من رهن عقار القاصر فى دين على نفسه مطلقا ، وقد أخذ المشرع برأى أبى يوسف وزفر فى هذه المسألة .

وأما المادة السابعة : فحظرت على الأب التصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الوراق المالية إذا كانت قيمتها أكثر من ثلاثمائة جنيه إلا بعد حصوله على إذن من المحكمة المختصة ، وللمحكمة ألا تأذن له فى التصرف أيضا إذا كان التصرف من شأنه أن يعرض أموال القاصر للخطر ، مثال ذلك : إذا كان البيع نسيئه لرجل معسر ، بل إن المشرع جعل من هذه الحالة سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها (م٢٠) ، وكذا إذا باع بغبن يزيد على خمس القيمة ، وهى من الحالات التى تستوجب بطلان التصرف أيضا .

وأما المادة الثامنة : فقد تحدثت عن الميراث الذى يشترط مورثه عدم تصرف وليه فى هذا المال الموروث ، فإن المشرع احترم إرادة هذا المورث ، ونص فى هذه المادة على منع الولى

من التصرف فى هذا المال إلا بـإذن المحكمـة وتحـت إشـرافها ، فالمشرع قد وازن بين مصلحـة الصغير ورغبـة المـورث ، لـذا أباح للولى أن يتصرف فى مال القاصر المذكور بشرط الحصول على إذن المحكمة المختصة ، مراعاة لمصلحة الصغير .

وأما المادة التاسعة : فقد حظـرت علـى الولـى إقـراض مـال القاصر أو الاقتراض له إلا بعد حصوله على إذن من المحكمة ، لأن إقـراض مـال الصغـير قـد يعرضـه للضيـاع إذا أفلـس المقـترض ، والاقـتراض تحميـل لذمـة القـاصر بأعبـاء ماليـة ، فإشراف المحكمة يحافظ على مال الصغير مـن إقراضـه لمعسر أو لشخص مماطل فى تسديد الديون .

وأما المادة العاشرة : فقد حظـرت علـى الولـى تـأجير عقـار القاصر لمدة تتجاوز سـن الرشـد إلا بـإذن المحكمـة ، لأن ولايـة الأب تنتهى ببلوغ الصغير سن الرشـد ، ومـن حـق القـاصر بعـد بلوغه أن يؤجره بالصورة التى يراها ولكن المحكمة قد ترى فـى تصرف الولى تحقيق مصلحة للقـاصر فـى التـأجير مـدة تتجـاوز بلوغه وتأذن فيه .

وأمـا المـادة الحاديـة عشـرة : أوجبت الولـى مراعـاة حـدود الإذن الـذى منحتـه للقـاصر فـى القيـام بالأعمـال التجاريـة ، ولا يجوز للولى أن يتجاوز هذه الحدود .

وأما المادة الثانية عشرة : فحظرت على ولى القاصر قبول الهبات أو الوصايا المحملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة ، فقد يفرغ الالتزام المنصوص عليه فى الهبة أو الوصية الفائدة المترتبة عليها ، والقاضى هو المنوط به فحص كل هذا ، فإذا اتضح له وجود فائدة حقيقية للقاصر أذن وإلا فلا .

وأما المادة الرابعة عشرة : أجازت للأب فقط دون باقى الأولياء التعاقد مع نفسه باسم القاصر أى أصيلا عن نفسه ووكيلا عن القاصر ، أو كيلا عن القاصر ووكيلا عن الغير ، وهذا استثناء من القواعد العامة فى القانون المدنى م (١٠٨) التى تمنع الإنسان من التعاقد مع نفسه ، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية بان المشرع قد رأى ذلك الإبقاء على المبدأ المقرر فى شريعتنا الغراء على افتراض وفرة شفقة الأب مما يشفع فى إعفاء الأب من القواعد العامة فى القانون المدنى .

وأما تصرفات الجد فى الولاية المالية : فقد اختلف الحنفية فى تحديد نطاقها على رأيين :

أ- يرى محمد بن الحسن : أن الجد كالأب أى يملك جميع التصرفات الممنوحة للأب ، لأن ولايته أصلية ثابتة من الشارع وليست مستمدة من أحد ، فهو أب عند فقد الأب ، موفور الحنان والشفقة ، لذا فهو يملك من التصرفات ما يملكه الأب .

ويرى الشيخان – أبو حنيفة وأبو يوسف – أن الجد لا يملك جميع التصرفات التى منحها الشارع للأب بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصى الأب والتى سنقوم بشرحها فى الفقرة التالية ، واحتجوا لرأيهم : بأن الجد يلى وصى الأب فى المرتبة فلا يزيد عليه فى الاختصاصات الممنوحة له ، ولو كان الجد مساويا للأب لتلاه فى المرتبة وتقدم على وصى الأب فى الولاية المالية . وهذا هو الرأى المفتى به فى المذهب الحنفى . ومع ذلك فقد فرقوا بين الجد ووصى الأب فى أمرين هما : أ- للجد أن يتعاقد مع نفسه بالبيع أو الشراء من مال الصغير بشرط عدم الغبن الفاحش ، أما الوصى فليس له ذلك إلا إذا وجدت مصلحة ظاهرة واضحة للصغير كأن يشترى عقاره بضعف القيمة أو يبيع بنصف القيمة .

ب- إن وصى الأب يجوز له بيع أعيان التركة ، سواء أكانت عقارا أو منقولا فى سداد الديون ، حتى وإن كان بعض الورثة كبارا ، لأنه حل محل الأب فى أمواله وتركته ، فله أن يقوم بدفع ديونه بموجب الإيصاء ، وله أيضا تنفيذ وصيته ، أما الجد فلا يملك هذه التصرفات إن كان بعض الورثة كبارا ، لأن ولايته مقصورة على القصّر فقط ، ولكن القانون المصرى ساوى بين الجد والأب فى الولاية فى الجملة ، وتحدث عنهما تحت عنوان واحد : هو الولى الذى جعل له أحكاما خاصة تختلف عن أحكام الوصى ولكنه فرق بين الجد والأب فى الأمور التالية :

١- أن للأب التصرف فى مال القاصر دون إذن المحكمة إلا ما استثنى بهذا القانون .

أما الجد فلا يتصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها إلا بإذن المحكمة (مادة ١٥) .

٢- للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك (مادة ١٤) .

أما الجد فإنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر إلا بإذن المحكمة ، وإذا أذنت المحكمة له فى هذا التعاقد ، قامت بتعيين وصى خاص من جهتها يقوم بإبرام العقد مع الجد .

٣- لا يسأل الأب فى قيامه بأعمال ولايته إلا عن الخطأ الجسيم كبيعه أو شرائه بغبن فاحش ، أما الجد فيعامل معاملة الوصى فيسأل عن خطئه حتى ولو كان يسيرا (مادة ١٤) .

٤- المحكمة لا تحاسب الأب على التصرف فى ريع مال القاصر ، ولكنه يحاسب على ريع المال الموهوب له لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (مادة ٢/٢٥) فعدم محاسبته فى هذه الحالة تفويت وتضييع لغرض الواهب ، أما الجد فإنه يحاسب على كل ريع لأمواله وفقا للمادة ٢٦ من القانون المدنى التى نصت على أنه : " يتسلم الوصى أموال

القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يطلب الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى ' . وقد ألزمت المادة ٤٥ من القانون المذكور الوصى : " أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ولا يعفى من ذلك إلا إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك " .

وصى الأب : هو : الذى يختاره الأب ليتولى شئون أولاده الصغار بعد رحيله عن الحياة ، فهذا الوصى تكون له الولاية إذا تحققت فيه شروط الوصاية ، والحنفية يقدمونه على الجد . وأما وصى الجد فالقانون لم يأخذ بما قاله الفقهاء ، وقصر حق اختيار الوصى على الأب فقط . وعقد الإيصاء كأى عقد يتم بالإيجاب والقبول ، وبأى صيغة تدل على تفويض أمر القصر إلى الوصى ، أقمت فلانا وصيا على أولادى وما شابه ذلك ، ولم يشترط فقهاؤنا كتابة هذا العقد ولكن القانون اشترط ذلك ، سواء أفرغت فى ورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها أو كتبها بنفسه ووقعها ، وما اشترطه القانون جائز وحسن لأنه يغلق باب المنازعات فى إثبات الإيصاء . هذا بالإضافة إلى إقرار المحكمة المختصة لذلك إذا وجدته أهلا للوصاية وإلا أبطلت اختيار الأب وقامت بتعيين وصى من جهتها ، وقد أضافت المادة ثمانية وعشرون من الحكم المذكور حكما آخر

هو : أن هذا العقد لا يكون لازما للموصى في حياته أى أن له الحق فى الرجوع عنه فى أى وقت يشاء .

شروط الوصي : يشترط فى الوصى المختار من الأب أو القاضى الشروط الآتية :

١- أن يكون بالغا عاقلا عدلا أمينا قادرا على القيام بشئون القاصر .

٢- وأن يكون متحدا فى الدين مع القاصر . وهذه الشروط شروط لنفاذ الوصية ، لذا يلزم أن تكون موجودة فى الوصى عند وفاة الموصى لأنه الوقت الذى تنفذ فيه الوصاية ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فى ذلك الوقت قام القاضى بتعيين آخر إذا لم يوجد من يستحق الولاية كالجد مثلا ، فإنه فى حالة وجوده تسند إليه الولاية . ولا يشترط القرابة أو الذكورة فى الوصى المختار ، فيجوز أن يكون قريبا للقاصر أو أجنبيا ، ذكرا أو أنثى . ويلزم التنويه إلى أن المادة سبعة وعشرون تنص على أنه : " يجب على كل حال أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه " . وهذه المادة تقصد اتباع المسيح عليه السلام .

الأصناف التى لا يجوز للمحكمة أن تحكم بتعيينه وصيا أو تقره إذا كان من اختيار الأب :

١- المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ويجوز عند الضرورة التغاضي عن هذا الشرط إذا مضت مدة تزيد على خمس سنوات .

٢- من حكم عليه في جريمة كانت تقضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته .

٣- من اشتهر بين الناس بسوء السلوك والسيرة غير الحسنة ، أو ليس له وسيلة مشروعة ليعيش منها .

٤- من صدر حكم بإفلاسه إلا إذا قضى برد اعتباره .

٥- مسلوب الولاية بحكم قضائي ، أو المعزول عن الوصاية بحكم .

٦- المحروم من التعيين من قبل الأب بورقة رسمية أو عرفية مصدق عليها أو المكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ، إذا رأت المحكمة وجاهة الأسباب التي بني عليها هذا الحرمان .

٧- إذا وجد نزاع قضائي أو عداوة بينه وبين القاصر أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه ، بحيث يخشى منها على مصلحة القاصر .

هل يجوز تقييد سلطة الوصي المختار : من المعلوم أن الوصي يملك التصرف في جميع الأموال المملوكة للقاصر بموجب حق الإيصاء ، إذا كانت الوصية مطلق ، ولكن إذا كانت

مقيدة : كأن جعلتك وصيا فى الأموال النقدية أو فى التجارة أوفى إدارة الشركة الفلانية أو ما شابه ذلـك ، فهل يلـتزم الوصـى بمـا جاء في الوصية أو يتصرف فى جميـع أمـوال القـاصر ، اختلـف الحنفية فى ذلك على النحو الآتى :

يرى الإمام : أن الوصاية لا تقبل التقييد فإذا قيدت بقيد ما فـلا عبرة بهذا القيـد ، لأن الموصـى اختـاره للتصـرف فــى بعـض الأموال أو الأشياء ولم يختر غيره ، لذا يكون الوصى أولـى مـن غيره فـى التصرف فـى البـاقى ، كمــا أن الوصــى قــائم مقــام الموصـى فيتصـرف جميـع التصرفـات المخولـة لـه ، فالوصايــة خلافة لذا تثبت كاملة غير منقوصة ولا تقبل التجزئة .

وأمـا أبـو يوسـف : فقد خـالف الإمـام وقـال : بصحــة تقييـد الوصايـة وتخصيصهـا ، وعلـى الوصــى أن يلـتزم بذلـك ، لأن الموصى قد يكون له غرض صحيح فى هذا التقييد ، لأن النـاس يختلفـون فـى الخـبرة بالتصرفـات المختلفـة ، واختيـار الموصــى للوصى قد يكون لدرايته وخبرته بمـا جعلـه وصيـا فيـه ، وربمـا أراد اختيار وصى آخر للأنواع الأخـرى من التصرفـات ومـات قبل إنجازه .

تعدد الأوصيـاء : لـلأب أن يوصـى اثنــان أو أكـثر إذا رأى المصلحـة فـى ذلـك ، فـإذا أعطـى لكـل واحـد منهـم الحـق فــى التصرف منفردا ثبت ذلـك بالاتفـاق ، وإذا اشـترط الإجمـاع فـى التصرف لم يكن لأحدهم الانفراد به بالاتفاق أيضا .

ولكنهم اختلفوا في إطلاق الوصاية : أي إذا لم ينص لا على الانفراد ولا على الإجتماع ؛ فالإمام ومحمد بن الحسن : يريان أن لا ينفرد أحدهم بالتصرف فإذا تصرف أحدهم منفردا كان موقوفا على إجازة الباقي لأن الوصيين أو الأوصياء تثبت لهم الوصاية عند الوفاة فيراعى ذلك ورأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين ، والموصى لم يرض إلا بتعيين الاثنين فصار كل واحد منهم في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت الحكم وحده فكان باطلا .

وأما أبو يوسف فيرى أن لكل واحد منهما الانفراد بالتصرف وينفذ تصرفه دون النظر لرأى الآخر . لأن الإيصاء من باب الولاية ، والولاية إذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت كاملة لكل واحد منهما على الانفراد .

ولقد أجاز القانون في المادة إحدى وثلاثون تعيين أكثر من وصي عند الضرورة ولكنه لم يجز لأحدهما الانفراد بالعمل إلا في حالتين :

<u>أولاهما</u> : إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهما في قرار تعيينه أو في قرار لاحق .

<u>ثانيهما</u> : إذا كان التصرف ضروريا أو مستعجلا أو متمحضا لنفع القاصر كالطعن في الأحكام قبل انقضاء مواعيد الطعن أو

تجديد قيد ، وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

تعيين مشرف على أعمال الوصى : يجوز للأب أن يوصى بتعيين مشرف على الأعمال والتصرفات التى يقوم بها الوصى ، أى أنه لا يتصرف إلا بعد إعلامه والاستماع لمشورته ، ولكن مع ملاحظة أن المشرف لا يكون وصيا أى لا يمكنه التصرف فى مال القاصر ، ويجوز للأب أن يعين الأم مشرفة . ولقد أجاز القانون فى المادة الخمسين منه للمحكمة تعيين مشرف لمراقبة أعمال الوصى المختار أو الوصى المعين من القاضى إذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبته فى إدارته لأمواله إذا تكررت الشكوى منه ، وحدث شك فى تصرفاته ، ولكن لم يقم دليل موجب للعزل ، ويجب على الوصى أن يمكن المشرف من فحص الأوراق والمستندات ، وأن يجيب على جميع الاستفسارات التى يطلبها المشرف منه والمتعلقة بإدارة أموال القاصر ، وهذا المشرف لا يقوم بعمل من أعمال الإدارة إلا فى حالة واحدة هى : انتهاء الوصاية ولم تقم المحكمة بتعيين وصى جديد ن فإن للمشرف أن يقوم بإدارة أموال القاصر إلى أن يتم تعيين الوصى الجديد ، وخاصة الأعمال التى يترتب على تأخيرها ضرر .

تصرفات الوصي المختار : وصي الأب يقوم بجميع التصرفات التي يقوم بها الأب ، لأن الأب أقامه بدلا منه إلا في بعض التصرفات ونستطيع حصرها في النقاط التالية :

١- للأب أن يبيع عقارا مملوكا للقاصر بمثل القيمة أو بغبن يسير ، أما وصيه فليس له ذلك ، إلا إذا وجد نفع ظاهر للقاصر أو بسبب شرعي : مثل :

أ- إذا كانت التركة مدينة أو القاصر مدين ولا يملك الوفاء بهذا الدين إلا ببيع العقار .

ب- أن يوصي الأب بوصية مطلقة : مثال ذلك : أن يوصي لفلان بألفين من الجنيهات ولا يوجد في التركة سيولة نقدية ولا منقولات يمكن بيعها لتنفيذ الوصية ، فإن للوصي في هذه الحالة أن يبيع العقار ليدفع للموصى له المبلغ الموصى به ، لأن التركة لا يمكن توزيعها على الورثة إلا بعد تنفيذ الوصية ، ولكن إذا كانت الوصية مقيدة : مثال ذلك : أوصيت لفلان بربع تركتي أو بثلثها فإن الوصي لا يقوم ببيع العقار ، لأن الموصى له يكون شريكا في التركة بالمقدار المذكور .

جـ- يجوز بيع العقار أيضا للإنفاق على القاصر إذا لم يوجد غيره .

د- إذا كان العقار المملوك للقاصر معرضا للضياع أو الانتقاص وذلك فى حالة التصاقه بالأنهار أو البحار ، لأن المد والجزر يؤدى إلى تآكل العقارات الملاصقة لها .

هـ- إذا كان العقار المذكور بناءا قديما ومحتاج إلى أموال كثيرة للترميم ولا يمكن تدبير هذه الأموال ، فللوصى أن يبيعه لمن يقدر على ذلك .

و- إذا كانت مصاريف صيانة العقار والضريبة المفروضة عليه تجاوز الأجرة المتحصلة منه بكثير فله بيعه فى هذه الحالة لمصلحة القاصر .

فإذا لم يوجد سبب شرعى فلا يباع إلا بنفع ظاهر ويقصد به ، بيعه بضعف قيمته ، وشراء غيره للقاصر أفضل منه ، فإذا خالف الوصى وباعه فإن البيع يكون باطلا حتى لو بلغ الصبى أجازه فإن إجازته غير صحيحة لأن الباطل لا تلحقه الإجازة بأى حال .

٢- للأب أن يبيع مال نفسه للقاصر وأن يشترى مال القاصر لنفسه ، بشرط أن يكون بمثل القيمة أو بغبن يسير ، أما وصى الأب فلا يجوز إلا بنفع ظاهر كما ذكرنا ، هذا عند الإمام وخالفه محمد بن الحسن وزفر اللذان قالا بعدم صحة هذا التصرف من وصى الأب ، ولا يجوز للوصى أن يبيع

مال القاصر لأصله أو فرعه ومن لا تقبل شهادته له ولا أن يشترى منهم له إلا إذا وجدت مصلحة ظاهرة .

٣- للأب أن يرهن بعض ماله عند القاصر مقابل دين عليه وأن يرتهن بعض مال القاصر عند مقابل دين له ، وأما وصى الأب فلا يجوز له ذلك . ولقد فرق الحنفية بين الأب ووصى الأب في ذلك لوفور شفقة الأب وحرصه على مصلحة ولده بخلاف وصيه الذى يحتاج إلى دليل يدل على أن تصرفه لمصلحة القاصر لا لمصلحة نفسه .

أما وصي القاضي فهو كوصي الأب إلا في الحالات الآتية :

١- لا يجوز لوصى القاضى أن يبيع للقاصر شيئا من ماله ولا أن يشترى منه ولا مع الأشخاص الذين لا تقبل شهادتهم له ، لأن هذا الوصى نائب عن القاضى والقاضى لا يملك هذه التصرفات فكذلك نائبه ، أما وصى الأب فيجوز له ذلك بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر للقاصر كما شرحنا .

٢- لا يجوز لوصى القاضى أن يعين وصيا يخلفه بعد مماته للوصاية على مال القاصر إلا إذا أعطى له القاضى ذلك فى قرار تعيينه ، أما وصى الأب فيجوز له القيام بذلك ، والعلة ترجع إلى أن القاضى موجود ويستطيع تعيين وصى غيره أما الأب فلا يمكن استطلاع رأيه فى هذا بعد وفاته .

٣- للقاضى أن يعزل الوصى الذى عينه حتى ولو كان عدلا كفؤا إذا رأى المصلحة فى ذلك ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة : فالموكل - القاضى - يملك عزل وكيله أى وصيه ، أما الوصى المختار من الأب فلا يجوز للقاضى أن يعزله إذا كان عدلا كفؤا ، لأن تعيينه من الأب ، لذا فلا يملك عزله إلا إذا وجد مبرر لهذا العزل .

أما القانون المصرى فقد جعل جميع تصرفات الوصى بنوعيه خاضعة لإذن المحكمة الحسبية لعدم توافر الشفقة عندهما كالأب والجد ولكنه أعفاهما من الحصول على إذن المحكمة فى الأعمال الإدارية كإجارة الأرض أو القيام بأعمال البناء أو بيع محصول الأرض وقبض الديون التى للقاصر وما شابه ذلك .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية معيار التفرقة بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة فقالت : كل تصرف ينطوى على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على إنشاء حق عينى عليه يعتبر من أعمال التصرف وما عدا ذلك من أعمال الإدارة ما لم ينص القانون أو العرف على غير ذلك . من ذلك : ما نصت عليه المادة ٧/٣٩ من انه لا يجوز للوصى أن يؤجر الأرض الزراعية أكثر من ثلاث سنوات ، والمبانى أكثر من سنة ، كما لا يجوز أن تمتد مدة الإجارة إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، فهذه التصرفات من أعمال الإدارة ولكن القانون منعه من ذلك إلا بإذن المحكمة .

أجرة الوصى : للحنفية فى هذه المسألة ثلاثة آراء ويرجع اختلافهم إلى الاختلاف فى فهم قوله تعالى : " ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " [٧]. فهذه الآية جاءت لتوضيح الأحكام التى يجب على ولى اليتيم أن يلتزم بها .

فذهب البعض : إلى أن هذه الآية طلبت من الغنى أن يستعفف ، وللفقير أن يأكل بالمعروف ، والأكل بالمعروف ليس أجرا ، ولأن من يتولى الوصاية يكون متبرعا بها أصلا .

وذهب البعض : إلى أن الآية تخير الوصى بين التبرع وبين أخذه أجرا ، فإذا كان غير محتاج يستحب له أن يتبرع بعمله ، إذ لا يمكن إلزام إنسان بالقيام بعمل دون مقابل ، لأن قيامه على شئون القاصر يضيع جزءا من وقته فى ذلك ، لو استغله فى أمور نفسه لزادت أمواله ، لذا يستحق أجرا على عمله المذكور ، وله أن يتنازل عن المطالبة بأجره .

وذهب البعض : إلى أن الآية المذكورة فرقت بين الوصى الغنى والوصى الفقير فطلبت من الولي الاستعفاف عن الجر ، وأجازت للفقير الأكل بالمعروف ، ومن المعلوم أن الأصل قيام الوصى بعمله المذكور على وجه التبرع للحصول على الثواب الأخروى ، والغنى لا يلحقه ضرر من ذلك ، أما الفقير الذى

---

(٧) النساء آية " ٦ " .

يجاهد للحصول على ما يسد به فالتبرع بعمله هذا يلحق بــه أبلـغ الضرر ، لذا يستحق أجرا استثناء من الأصل ، والقانون فى المادة ستة وأربعون لم يخرج من هذه الآراء فقد قررت أن الوصاية بغير أجر إلا بقرار من المحكمة المختصة بناء على طلب الوصى ، فقد تعين له أجرا أو تمنحه مكافأة على عمل معين .

انتهاء الولاية والوصاية : تنتهى الولاية عند فقهائنا ببلوغ القاصر عاقلا رشيدا ولكن الرشد لم يحددوا له سنا معينة ، ويثبت عند الجمهور بالتجربة ، وبثبوته له يسلم ماله إلى إليه وتنتهى الولاية عليه ، وإلا ظل ماله تحت إشراف الولى . وقد حدد المشرع إحدى وعشرون سنة ميلادية للرشد المالى ، فإذا بلغ القاصر هذه السن اعتبر رشيدا وبالتالى تنقضى الولاية عليه ، ويتسلم ماله ، ما لم يصدر حكم من المحكمة المختصة باستمرار الولاية عليه (مادة ١٨) بناء على طلب الولى ، وتثبت المحكمة من ادعاء الولى بظهور عارض يتنافى مع رشده ، وفى حالة صدور حكم بذلك تظل الولاية سارية المفعول إلى أن تصدر المحكمة قرارا بإنهائها .

ويلزم التنويه إلى أن الولاية تنتهى بقوة القانون إذا بلغ السن المذكورة ولم يصدر حكم باستمرارها ، فإذا تسلم أمواله وثبت بعد ذلك سفهه حجر عليه بقرار من المحكمة المختصة .

وأما إذا بلغ غير عاقل بان كان مجنونا أو معتوها فإن الولاية لا ترتفع عنه حتى ولو لم تقرر المحكمة استمرار هذه الولاية .

أما الوصاية : فإنها تنتهي كالولاية ببلوغ القاصر سن الرشد أو بعودة الولاية للولي - أبا أو جدا - بعد سلبها منه وتعيين وصي مكانه ، بعد زوال سبب سلب الولاية بقرار من المحكمة ، كما تنتهي الوصاية بعزل الوصي بسبب من الأسباب الموجبة لذلك ، أو قبول استقالته ، وتنتهي أيضا بفقدان الوصي لأهليته أو لغيبته بحيث لا ينتفع القاصر بإشراف الوصي ، أو موته أو موت القاصر (مادة ٤٧ من القانون المذكور " . وبانتهاء الوصاية يجب على الوصي أن يقوم بتسليم أموال القاصر له خلال شهر من انتهائها .

نفقة الأولاد والأقارب

النفقة المذكورة وردت فى القرآن الكريم مجملة وقامت السنة بتفصيلها قال تعالى : فى سورة الإسراء - ٢٦ : " وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيرا " ، وقال تعالى فى سورة النساء - ٣٦ : " واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا " .

وقال تعالى : فى سورة لقمان - ١٢ : " وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا " . وقد فسر المصطفى ﷺ المصاحبة بالمعروف : أن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا ، وقال تعالى أيضا : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس إلا وسعها - سورة البقرة / ٢٣٣ " .

وأما السنة : فأحاديث كثيرة أهمها ما يلى :

١- روى البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنىّ إلا ما أخذت من ماله

بغير علمه ، فهل عليّ في ذلك من جناح ؟ فقال : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك " .

٢- روى النسائى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : " كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت " .

٣- وروى النسائى عن طارق المحاربى قال : قدمنا المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس ويقول : " يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك " مما سبق يتضح لنا وجوب النفقة على الأقارب ولكن الفقهاء اختلفوا فى الأصناف التى تجب لها النفقة على النحو الآتى :

أ- المالكية يرون : أن نفقة الأقارب لا تجب إلا لقرابة الولاد المباشرة ، أى أن الأب ينفق على أولاده ، والأولاد ينفقون على آبائهم وأمهاتهم ، وأما الأم فلا تجب عليها نفقة لأولادها ، وعلى ذلك فالنفقة محصورة وجوبا فيما ذكرنا عندهم . واستدلوا لرأيهم : بقوله تعالى : " وبالوالدين إحسانا " وقوله تعالى أيضا : " وصاحبهما فى الدنيا معروفا " ، وقوله ﷺ : " أنت ومالك لأبيك " . يستنتج من هذه الأدلة وجوب النفقة للوالدين على أولادهما بصريح نص الكتاب والسنة .

واستدلوا بقوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " وقوله ﷺ : " خذى ما يكفيك وبنيك بالمعروف " . بوجوب النفقة للأولاد ذكورا أو إناثا بصريح نص الكتاب والسنة ، وعلى ذلك فالنفقة لا تجب للأصناف الأخرى لأنهم لا يصلون إلى مرتبة الأولاد لذا لا يقاسون عليهم .

ب- وأما الشافعية فيرون : أن النفقة تكون واجبة للأصول على الفروع وللفروع على الأصول ، أى أن القرابة الموجبة للنفقة هى قرابة الولاد مطلقا مباشرة وغير مباشرة . واستدلوا لرأيهم بنفس الأدلة السابقة ولكن معنى الوالدين عندهم لا يقتصر على الوالدين وإنما يمتد إلى الأجداد لأنهم آباء أيضا ، والأولاد يدخل فيها أولاد الأولاد لأنهم أولاد ، ولا تجب لغير هؤلاء .

جـ- وأما الحنابلة فيرون : أن النفقة على القريب لقريبه تدور مع الإرث وجودا وعدما فالقريب الوارث تجب له النفقة ، لا فرق فى ذلك بين الأصل والفرع ، ولا المحرم وغير المحرم . واستدلوا لرأيهم بقوله تعالى : " وعلى الوارث مثل ذلك " فقد أوجب المولى سبحانه النفقة للقريب الوارث مثل ما أوجبها للأب فى صدر الآية ، فالغنم بالغرم فالقريب الوارث يغنم بجزء من تركة قريبه أو جميعها ، لذا تجب النفقة عليه لقريبه إذا كان فقيرا معسرا ، لذا اشترط الحنابلة اتحاد الدين بين من تجب له النفقة ومن

تجب عليه النفقة حتى ولو كانوا أصلا أو فرعا ، هـذا فـى الرواية الراجحة عن الحنابلة ، وفـى رواية عندهـم : يشترط اتحـاد الدين فـى غير الأصـول والفـروع ، وهذه الرواية هى التى تتفق مع صريح قوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " فالآية مطلقة لم تفرق بين المتفق فى الدين أو المخالف فيه ، بل إن قوله تعالى : " وصاحبهما فى الدنيـا معروفـا " كـان بخصـوص الآبـاء الكـافرين ، بالإضافـة إلـى أن أدلـة وجـوب النفقـة للأولاد مطلقة من غير تقييد .

د- وأما الحنفيـة فيرون : أن إيجـاب النفقـة مرتبـط بالقرابـة المحرمة للنكاح أى أن كـل إنسـان تجـب عليـه النفقـة لكـل قريب تربطه به قرابة محرمية ، فيدخل فى ذلك الأصـول والفـروع وقرابـة الحواشـى المحـارم منهـن كـالأخوة والأخوات وأبنائهم وبناتهم ، والأعمام والعمـات والأخـوال والخالات ، وأما الأقارب من الحواشى غـير المحـارم فـلا تجب لهم النفقة كأولاد العم والعمة والخال والخالة .

واستدلوا لرأيهم : بالأدلة السابقة التى توجـب النفقـة للأصـول والفروع والأقـارب الوارثين ولكنهم قيدوا الوارثين بالمحـارم منهم ، والدليل على ذلك أن عبد الله بن مسـعود كـان يقـرأ قولـه تعـالى : " وعلـى الـوارث مثـل ذلـك " بزيـادة : " ذى الرحـم المحرم " . وهذه القـراءة غير متواتـرة أى آحـاد إلا أنهـا تعتبر

تفسير وبيان للآية السابقة سمعه من النبى ﷺ ، فالقرابة المحرمية قرابة قوية ، لذا يجب على الإنسان المسلم أن يعتنى بها وأن يحافظ عليها بصلة الرحم وإيجاب النفقة لها دون غيرها من القرابات ، بدليل أن الإنسان يحرم عليه أن يتزوج منهن ، لأن الزواج قد يؤدى إلى قطع الرحم بينه وبين زوجته بالطلاق ، لذا اقتصر وجوب النفقة على هذا الصنف المذكور – القرابة المحرمية – دون القرابات الأخرى ، والعمل يجرى عندنا بالمذهب الحنفى .

الفصل الأول

نفقة الفروع على الأصول

الفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا سواء أكانوا ذكورا أم إناثا ، والأصل في النفقة هنا : أن الولد ينفق على نفسه من ماله المملوك له حتى ولو كان صغيرا ، فإذا كان فقيراً لا مال له ولكنه قادر على العمل والكسب ولا يوجد ما يحول بينه وبين الكسب وجب عليه البحث عن عمل يتكسب منه للإنفاق على نفسه ، أما إذا كان فقيرا وغير قادر على العمل والكسب لكونه صغيرا أو أنثى أو مريضا بمرض لا يستطيع معه العمل كالجنون والعته أو قطع اليدين أو الرجلين أو العمى والشلل أو شيوع البطالة في الدولة ، ففي جميع هذه الحالات تجب النفقة له على غيره .

فشرط وجوب النفقة عند الحنفية : وجود الحاجة للفقر والفاقة بحيث تحل له الزكاة والصدقة أو لعجزه عن العمل والتكسب ولكن إذا كان يملك مالا لا يكفي للوفاء بحاجاته الضرورية ، أو كان ما يحصل عليه من عمله لا يكفيه أيضا ، وجب على الأب في هذه الحالة أن يعطيه ما يكفي لسد هذه الفجوة وكذا إذا كان ماله غائبا لا يستطيع الحصول عليه : مثال ذلك : إذا ورث مالا من قريب له ولكنه لم يتسلمه بعد ، فعلى أبيه أو جده الإنفاق عليه إلى أن يتسلم ماله ، والأصل في هذه الحالة أن يرجع على

الفرع بما أنفق عليه ، بشرط أن يكون الإنفاق بإذن قضائي أو بشاهدين على أنه ينفق عليه مؤقتا إلى أن يتسلم ماله ، فإذا لم يوجد هذا الشرط فلا يحق له الرجوع عليه لأنه متبرع ، أما ديانة فله الرجوع حتى مع فقدان هذا الشرط ، ولا فرق في هذا الحكم بين الصغير والكبير والعاجز والصحيح والذكر والأنثى .

هل يملك الأب إجبار ولده على العمل ، إذا امتنع عنه مع مقدرته عليه ؟

يجب التفرقة في ذلك بين الذكر والأنثى ، فالذكر القادر على الكسب والعمل لا يعتبر محتاجا بل غنيا لاستغنائه بهذه القدرة عن أبيه ،ولكن يستثنى من ذلك طالب العلم فلا يجبر على العمل لكسب رزقه لكيلا يشغله عن العلم والتعلم ، ويجب على الأب الإنفاق عليه طالما كان جادا ناجحا . أما إذا كان غير ذلك فلا تجب النفقة عليه ، ويقصد بالنفقة الواجبة هنا : هو ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وسكنى وأجرة خادم إذا كان صغيراً أو عاجزا لا يمكنه خدمة نفسه ، أما إذا كان متزوجا فلا يجب على الأب نفقة زوجة الإبن لأن نفقتها على زوجها ، وللقاضي أن يأذن لها بالاستدانة عليه إذا طلبت منه ذلك .

وأما إذا كانت أنثى فلا يجوز للأب إجبارها على العمل ، لأن نفقة البنت على أبيها قبل زواجها ، وعلى زوجها بعد دخوله بها ، ولكن إذا طلقت أو توفي زوجها فإن نفقتها تعود إلى أبيها مرة أخرى أو من كان ينفق عليها قبل زواجها .

وإذا كان للذكر منزلا للسكنى ولا يملك غيره ، فهل تجب لـه النفقة على أصله أم لا : للحنفية رأيان فى ذلك هما : أ- لا يعتبر هذا الإنسان محتاجا ولا تجب له النفقة ، بل إن له أن يقوم ببيعـه كله أو جزء منه لينفق من الأموال المتحصلة من ذلـك ، ويؤجر لنفسه مسكنا يعيش فيه .

ب- تجب النفقة علـى أصلـه ولا يجبر علـى بيعـه أو بيـع جزء منه ، لأن بيـع المـنزل لا يحصـل إلا نـادرا ، ولا يمكـن لكـل أحد أن يسكن بالأجر أو فى منزل مشترك .

هذا ولا يشترط الحنفية اتحاد الدين بين الفرع وأصله فى هـذه النفقـة ، لأن النصـوص التـى تحدثـت عنهـا كـانت مطلقـة ، ولا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل ولا دليل .

ولكن يشترط فى الأصل المتفق : أن يكون قادرا على الإنفاق بملاءته ويساره أو بقدرته على العمل والكسب . ومن المعلوم أن نفقة الولد تجب على أبيه ولا يشترك معه أحد فـى الإنفـاق عليـه عند الحنفية ، فـالولد جـزء مـن أبيـه وإنفاقـه عليـه كإنفاقـه علـى نفسه ، فإذا كان الأب ميسور الحال أو قادرا على العمل والكسب وجبت النفقـة عليـه بـلا خـلاف عندهـم ، فـإن امتنـع الأب عـن الإنفاق على ولده أو امتنع عن العمل أجبره القـاضى علـى ذلـك بأى وسيلة حتى ولو استخدم الحبس لكبح جماحه . ولكن إذا كان الأب فقيرا لا مـال لـه ولكنـه قـادرا علـى الكسـب والعمـل ولكـن

الطريق للعمل غير ممهد والأعمال شحيحة فقد اختلف الحنفية فى هذه المسألة على رأيين :

البعض : يعتبرونه فى حكم الميت ، والنفقة تجب على من يليه ترتيبا ، ولا يجوز لمن أنفق الرجوع على الأب بما أنفقه إذا تبدلت أحواله فأيسر بعد إعساره ، لأن الإنفاق ليس بواجب عليه فى هذه المدة الزمنية التى تولى فيها أصل آخر بالإنفاق .

والبعض الآخر : يرى عدم انتقال الإنفاق إلى غير الأب ، بل إن وجوب الإنفاق يظل على الأب كما هو دون تكليفه بالأداء ، وتكلف الأم بالإنفاق إن كانت موسرة ، وإلا كلف الجد بالإنفاق عليه ، فإن كان فقيرا كلف من يليه فى المرتبة ، وهذه النفقة تكون دينا على الأب يوفيها لمن أنفق إذا أيسر بعد إعساره . فالأب القادر على العمل والكسب غنى بهذه القدرة وانعدام الأعمال وكساد سوق العمل أمر عارض لا يترتب عليه اعتبار الأب كالمعدوم . ولكن إذا كان الأب شيخا كبيرا أو مريضا بمرض لا يستطيع معه القيام بأى عمل ، والمرض من الأمراض المزمنة التى لا يبرأ أحد منها غالبا ، اعتبر فى هذه الحالة كالمعدوم والميت ، وانتقل الإنفاق وجوبا إلى من يليه من أصول الولد المحتاج للنفقة ، سواء كان هذا الأصل امرأة أو رجلا . وإذا كان الأصل الذى يلى الأب واحد وجبت عليه النفقة وحده إذا كان قادرا كما ذكرنا ، وإذا كان متعددا وتوافرت لديهم القدرة على الإنفاق ننظر هل الجميع وارثين لهذا القاصر أم غير

وارثين أم بعضهم وارث والبعض الآخر غير وارث ، فيتفرع على ذلك ثلاث صور : الأولى : إذا كان الجميع وارثين فإن النفقة تجب عليهم بنسبة أنصبتهم فى التركة ولا يلتفت إلى تفاوت درجة القرابة بينهم فإذا كان له أم وعم شقيق : وجب على الأم ثلث النفقة والعم ثلثاها ، لأن الميراث يقسم بينهم كذلك ثلث للأم والباقى للعم تعصيبا .

الثانية : إذا كان الجميع غير وارثين ، وهذه الصورة لا تتحقق إلا إذا كانوا من ذوى الأرحام وفقا لأحكام الميراث : ننظر إما أن يكونوا متحدين فى الدرجة أم مختلفين ، فإن اتحدوا فى درجة القرابة فإن النفقة توزع عليهم بالتساوى [١] ، وإن اختلفت درجتهم وجبت النفقة على الأقرب للقاصر [٢].

الثالثة : إذا كان بعضهم وارثا والبعض غير وارث ننظر : فإن كانوا جميعا فى درجة واحدة وجبت النفقة على الوارثين فقط [٣]. لتساويهم فى القرابة له لذا قدموا على الآخرين ، وإن اختلفت درجة قرابتهم وجبت النفقة على الأقرب منهم حتى ولو كان غير وارث [٤]. وقد علل الحنفية لرأيهم : بأن الفرع جزء

---

(١) لو كان للقاصر أب أب أم ، أم أب أم .

(٢) لو كان للقاصر أب أم ، أب أم أب قدم الأول لأنه أقرب .

(٣) لو كان للقاصر أب أم ، أب أب كانت النفقة على الثانى لأن الول من ذوى الأرحام .

(٤) لو كان له أب أم ، أب أب الأب وجبت النفقة على الأول لقرب درجته .

من الأصـل ، وقرب درجتـه للقـاصر يقـوى هـذه الجزئيـة ، لـذا يرجح الأقرب لرجحان سبب وجوب النفقة .

الفصل الثانى

نفقة الأصول على الفروع

يقصد بالأصل : الأب وإن علا والأم وإن علت : والقاعدة عند الحنفية فى الإنفاق على الأصل : أن نفقته واجبة على الفرع إذا كان فقيرا حتى ولو كان قادرا على العمل والكسب لقوله تعالى : " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ، إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقال تعالى أيضاً " وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا " وقال تعالى أيضا : " وصاحبهما فى الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب إلى " فالمولى سبحانه أمرنا بالإحسان إليهما ومصاحبتهما بالمعروف حتى وإن كانا غير مسلمين ، وتكليفهما بالعمل والضرب فى الأرض لتحصيل الرزق فى هذه السن وولدهما فى رغد من العيش ليس من الإحسان ولا المصاحبة بالمعروف بل إيذاء وعقوق وهو من الكبائر . ولكن يشترط فى الفرع المنفق أن يكون موسرا وقادرا على العمل والكسب فإن امتنع عن الإنفاق على أصله أو امتنع عن العمل أجبره القاضى على ذلك ، والنفقة واجبة عليه حتى ولو اختلفا فى الدين لأنها واجبة على الفرع بحق الولادة التى يصير بها جزء من أبيه ، هذا إذا كان الفرع واحدا ولكن إن تعددوا فتكون واجبة على الأقرب ، فإن كانت درجة القرابة واحدة وزعت عليهم بالتساوى سواء فى ذلك الذكور والإناث أو المتفق معه فى الديانة

والمختلف ، أو الواسع الثراء وقليلـه ، ويرى البعض : إذا كان فارق الثراء كبيرا قدم أكبرهما ثراء . فلو كان للأب ابن وبنت وجبت النفقة عليهما مناصفة على الرأى الراجح ، لأن كلاهما جزء منه فهى فى الجزئية سواء ، ولو كان له ابنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فالنفقة واجبة عليهما مناصفة رغم أن أحدهما وارث والآخر غير وارث .

وأما إن اختلفت درجة القرابة فإن النفقة تجب له على أقربهم حتى وإن كان الميراث للأبعد ، مثال ذلك : للأصل المذكور : بنت بنت وابن ابن ابن ، فالنفقة واجبة على الأنثى رغم أن الميراث للفرع الذكر ، ولو كان له ابن مسيحى وابن ابن مسلم فالنفقة واجبة على الابن لأنه الأقرب له ، والنفقة المطلوبه هى الكفالة من الطعام والكساء والسكنى وأجرة الخادم أو الإنفاق على زوجته إذا كان محتاجاً لمرض أو كبر سواء أكانت أماً للمنفق أم لا ، وإذا لم يكن محتاجاً إليها فللحنفية رأيان ، الراجح عدم وجوب النفقة عليه ، وأما كيفية الإنفاق : فتلخص فى الآتى :-

الولد إذا كان ميسور الحال وله من المال ما يزيد عن احتياجاته ، فى هذه الحالة يجب عليه الإنفاق على أبويه بالطريقة التى يحددها ويختارها ، فإن فضلا العيش مستقلين عن أسرة ابنهما فلهما ذلك ، ويطبق هذا الحكم إذا لم يكن له مال ولكنه يكسب من عمله ما يفيض عن احتياجاته ويفى بحاجة أبويه ،

وللحاكم أو نائبه إجباره على الإنفاق على أبويه إن امتنع عن الإنفاق عليهما حتى لو كان الأب قادراً على العمل والكسب ، وإذا كان ما يكسبه من عمله يفيض عن احتياجاته ولكنه لا يفى إلا بحاجة أحدهما فقط ، الحنفية فى قول يقدمون الأم على الأب بشرط ألا تكون متزوجة بغير أبيه ، يؤيد ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم المتقدم الذى قدم الرسول فيه بر الأم على الأب مع تأكيده ثلاثاً ، والإنفاق على الأم نوع من البر فتقدم على الأب ، وقيل : يقوم الابن بتقسيم هذا المقدار بينهما على التساوى وهو الأرجح فى نظرى ، لأن حاجة كلاهما للمأكل والملبس متساوية لا يمكن القول بتفضيل أحدهما فيهلك الآخر .

وإن كان ما يكسبه من عمله لا يفيض عن حاجته : وجب عليه أن يضم أبويه للعيش معه وأولاده ، ليأكلا معا ويقتسما الطعام مع بعضهما . فقد روى عن الخليفة العادل عمر بن الخطاب أنه قال : " لو أصاب الناس السنة لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم " . فإن كان الولد المطالب بالنفقة لا أولاد له ، وجب عليه ضم والده إليه إن كان عاجزا عن العمل والكسب ، لأن المروءة الإسلامية تحتم عليه ذلك ، فليس من الشهامة والمروءة أن يترك أباه يتضور جوعا أو يشحذ وهو فى كفاية مالية ، ويجب عليه أيضا فى هذه الحالة أن يضم أمه إليه حتى ولو كانت قادرة على العمل والكسب ، لأن الأنوثة فى ذاتها عجز حكمى ، والمروءة أيضا تمنع المسلم من ترك أمه تعمل لتنفق على نفسها وهو قادر على

الإنفاق عليها . ولكن إذا كان أباه قادرا على العمل والكسب فلا يجب عليه ضمه إليه ، لأن ذلك يؤدى إلى الضعف الجسمانى للأب بمرور الأيام فيعجز عن العمل والكسب ، والمصطفى ﷺ يقول : " ابدأ بنفسك ثم بمن تعول " ، والمسلم مطالب بالعمل والسعى على رزقه ليأكل من كسب يده باستثناء حالة واحدة هى : فإنه يجب عليه الإنفاق على أبيه ليريحه من عناء العمل فى أواخر أيامه ، تطبيقا لأمر الله بالإحسان إليهما : " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا " .

الفصل الثالث

نفقة الحواشى

الحواشى هم الأقارب قرابة نسبية محرمية من غير أصول الشخص أو فروعه ، وهم : الأخوة والأخوات وأولادهم أشقاء أو لأب أو لأم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فهؤلاء تجب لهم النفقة إذا توافرت فيهم أهلية الإرث حتى وإن لم يكونوا من ضمن الورثة فعلا ، لقوله تعالى : " وعلى الوارث مثل ذلك " .

أما القرابة من الرضاع والإخوة والأخوات من الرضاع أو القرابة النسبية غير المحرمية كأولاد الأعمام والعمات وأولاد الأخوال والخالات ، أو القرابة النسبية المحرمية التى ليست أهلا للميراث كالأخوة والأخوات من أهل الكتاب أو الكافرين فإنهم لا تجب لهم النفقة لتخلف الشرط الموجب للنفقة لهم . وهذه الشروط هى :

١- أن يكونا متحدى الدين ، أى المنفق والمنفق عليه لأن سبب وجوب النفقة : أن يكون أهلا للإرث ، ولا يكون التوارث بين المختلفين ديانة .

٢- أن يكون المنفق عليه فقيرا عاجزا عن العمل والكسب لسبب ما ، كالصغر أو المرض المزمن أو الأنوثة ، فالقادر على

العمل والكسب لا تجب لـه النفقـة ، لأنـه غنـى بقدرتـه علـى العمل والكسب .

٣- أن يكون المنفق أى من تجب عليه النفقة موسرا ، لأن النفقة صلـة ، والصلـة لا تجب إلا علـى الموسـر ، ويـرى أبـو يوسف : أن ضـابط اليسار الموجب للنفقـة : ملكيـة المنفق لنصـاب الزكـاة زائدا عـن حاجياتـه الأصليـة ، لأن المـالك للنصاب من الأغنياء ، والنفقة صلة تجب على الغنى .

أما محمد بن الحسن فيرى : التفرقـة بيـن أصحـاب المـورد الثابت وبين أصحاب الحرف ، فقدر يسار الصنف الأول بمـا إذا ملك مقدار من الغلة يفضل عن نفقته ونفقة أهل منزله - زوجتـه وأولاده - ما يكفى لمدة شهر لتجب النفقة عليه لقريبه ، فإن قلت ملكيته عن ذلك لم تجب عليه النفقة . وقدر يسار الصنـف الثـانى بما إذا ملك مقدارا من المال زائدا عن نفقته ونفقـة أهل منزلـه ، فالذى يزيد كسبه عن حاجياتـه وحاجـات أولاده وزوجتـه يعتبر قـادرا علـى دفـع الهـلاك والمـوت عـن قريبـه ، ولكـن يشـترط لوجوب أدائها صـدور حكـم قضـائى بذلـك أو التـراضى عليهـا . وبتوافر هذه الشروط تجب النفقة على القادر إذا كان واحدا ، أمـا إن تعددوا - أى الأقارب القادرون على الإنفـاق - ننظـر : فـإن كـان بعضـهم محرمـا والبعض غيـر محـرم فالنفقـة تجب علـى القريب المحرم طالما كان أهـلا لـلإرث فـى الجملـة ، حتـى ولـو كان الآخر من الوارثين فعلا ، مثال ذلك : فـإذا انحصـر أقـارب

المنفق عليه فى عم ، ابن خالة كانت النفقة على العم لأن الآخر غير محرم ، وإن كان له خال ، ابن عم كانت النفقة على الخال وحده دون الآخر ، رغم أن الخال من ذوى الأرحام وابن العم هو الوارث بالفعل لكنه غير محرم . وإذا كان الجميع من ذوى الأرحام وأهل للميراث ، فإن كانوا جميعا وارثين بالفعل وزعت عليهم النفقة وفقا لأنصبتهم فى الميراث ، وإن كان بعضهم وارثا فقط وزعت عليهم النفقة وفقا لأنصبتهم ، ولا يشترك غير الورثة فى النفقة .

أمثلة : من كان له أخ لأب وأختان لأم : كان على الأول ثلثا النفقة وعلى الأختان الثلث على كل واحدة سدسها وفقا لأنصبتهم فى الميراث .

ومن كان له أخت شقيقة وأخ لأم وأخ لأب : فالشقيقة لها النصف فرضا ، والأخت لأب السدس فرضا تكملة الثلثين ، والأخت لأم السدس فرضا ، لذا تجب عليهم النفقة بنفس النسبة المذكورة .

هذا إذا كان الجميع موسرين ، أما إن كان بعضهم فقيرا فإن النفقة لا تجب عليه لتخلف شرط وجوبها وتجب على الباقية بنسبة أنصبتهم فى الإرث .

أمثلة توضيحية :

أ- إذا كان للمنفق عليه - المحتاج للنفقة - أخ شقيق معسر وخالة وعمة ، فالأخ هنا يرث التركة بالتعصيب ويحجب العمة والخالة لأنهما من ذوى الأرحام ، فنفترض أن الأخ غير موجود فتكون العمة والخالة وارثتان ، للعمة الثلثان والخالة الثلث وتوزع عليهما النفقة بنسبة أنصبتهما .

ب- إذا كان له أخت لأب معسرة وأخت لأب وعم فالتركة توزع كالآتى : لأخت الأب النصف فرضا ولأخت الأم السدس فرضا والباقى للعم تعصيبا ، أى للأخت لأب ثلاثة أسهم وللأخت لأم سهم واحد ، وللعم سهمان ، مع استبعاد نصيب الأخت لأب تقسم النفقة على على العم والأخت لأب أثلاثا على الأخت لأم ثلث النفقة والثلثان على العم بنسبة أنصبتهم فى الميراث .

هذا إذا كانت النفقة واجبة على صنف واحد من الأقارب أصول فقط أو فروع فقط أو حواشى فقط ، أما إذا اجتمع للمنفق عليه أقارب من نوعين أو أكثر ، أصول وفروع أو أصول وحواشى أو فروع وحواشى أو أصول وفروع وحواشى ، فهذه أربع حالات :

الحالة الأولى : إذا اجتمع للمنفق عليه أصول وفروع وجبت النفقة على الأقرب ، عند اختلاف درجة قرابتهم ولا يلتفت للإرث من عدمه ، إذا توافرت لديهم شروط وجوب النفقة :

مثال : إذا لـه : أب وأم وابـن ابـن فالنفقـة علـى الأب وحده لأن الأب لا يشترك مع أحد فى النفقة على أولاده .

وإذا كان له : جد وابن ابن ابن فالنفقة على الجد حتى ولو كان الجد أب أم ، رغم انه غير وارث ، لأن النفقة هنا تقوم على الجزئية والقرب .

وإذا كان له أب أب وابن ابن : وجبت النفقة على الاثنين لتساويهما فى درجة القرابة ، وتوزع عليهما بنسبة الميراث ، على الجد السدس وعلى الفرع الوارث خمسة أسداس .

الحالة الثانية : إذا اجتمع للمنفق عليه أصول وحواشي متوافرة فيهم شروط وجوب النفقة : ننظر إما أن يكون الجميع وارثين أو بعضهم فقط : فإن كانت الصورة الأولى قسمت عليهم النفقة وفقا لأنصبتهم فى الميراث : فإذا كان له : أم وأخ لأب فعلى الأم الثلث والأخ لأب الثلثان .

وإذا كان له : أم أم ، أم أب وأخت لأم وأخ شقيق كانت النفقة وفقا لأنصبتهم فى الميراث فالجدتان يشتركان فى دفع سدس النفقة ، وعلى الأخت لأم سدسها وعلى الأخ الشقيق ثلثا النفقة .

وإذا كان له : أب لأم ، أخ لأب كانت النفقة على الجد لأم فالأصل حتى ولو كان غير وارث فإن النفقة تجب عليه ، وأما إذا كان مع الأخ لأب جد فالنفقة مناصفة بينهما .

الحالة الثالثة : اجتماع الفروع والحواشي : إذا اجتمع للمنفق عليه فروع وحواشي متوافرة فيهم شروط وجوب النفقة ، فإن النفقة تجب على الفروع فقط وتسقط الحواشي لأن المنفق جزء من المنفق عليه وبغض النظر عن القرب أو الميراث . فإذا كان للمنفق عليه بنت وأخت فالنفقة تجب على البنت رغم أن الأخت ترث معها الباقي تعصيبا ، وإذا كان له : بنت بنت مع الأخ فالنفقة على بنت البنت رغم أنها لا ترث وحتى لو كانت مخالفة له في الدين ، فإن تعددت الفروع قدم الأقرب فالأقرب ، وغن تساووا في الدرجة وزعت عليهم النفقة بالتساوى ، لا فرق بين ذكر وأنثى ولا وارث أو غير وارث ، ولكن إذا كان الفرع فقيرا معدما غير قادر على العمل والكسب وجبت النفقة على الحواشي بنسبة أنصبتهم في الميراث ، مع افتراض عدم وجود الفرع لكي نعرف نصيب كل واحد من الحواشي في النفقة .

مثال : للمنفق عليه ابن ابن معسر عاجز عن العمل والكسب ، أخ لأب وأختان لأم ، فيستبعد الفرع الوارث – ابن الابن – فيكون للأختان لأم الثلث والثلثان للأخ لأب وتوزع عليهم النفقة بهذه النسبة . وإذا كان الفرع الفقير لا يستحوذ على جميع التركة فلا نستبعده من التركة وإنما نقسمها عليهم جميعا ،

ونقوم بإسقاط أسهمه وتقسم النفقة على الحواشي حسب أنصبتهم في الميراث .

مثال : إذا كان للمنفق عليه : بنت ابن ، أخ لأب وأخت لأم ، وكانت بنت الابن فقيرة معسرة ، فالنفقة جميعها تكون على الأخ لأب لأنه الوارث من الحواشى ، ولا شيء على الأخت لأم لأنها محجوبة .

الحالة الرابعة : اجتماع الأصول والفروع والحواشى : باجتماع الأصناف الثلاثة وتوافر شروط وجوب النفقة فيهم ، فالحواشي يسقطون بالفروع لأنهم لا ميراث لهم في وجودهم ، وتوزع النفقة على الأصول والفروع ، ويكون توزيعها مع مراعاة الآتي : النفقة تكون على أقربهم دون مراعاة الإرث إذا اختلفت درجة قرابتهم ، فإن تساووا فيها توزع عليهم النفقة بنسبة أنصبتهم في الميراث إلا إذا وجد ما يرجح وجوبها على أخذهم بعينه ، كما إذا كان للمنفق عليه أب وابن فإن النفقة تكون للأب لا يشاركه فيها أحد ، وإذا أن أحدهما وارثا والآخر غير وارث فإن النفقة تكون على الوارث فقط ، هذا إذا كان الأصول والفروع موسرين قادرين على الإنفاق ، أما إذا كانوا معسرين فإن النفقة تجب على الحواشى مع تطبيق قاعدة الإعسار السابقة ، فإذا كان للمنفق عليه : أم وبنت معسرتان وجده لأم وأخ شقيق وأخت لأم فالميراث هنا منحصر في الأم والبنت والأخ الشقيق فالنفقة تكون واجبة على الأخ الشقيق لأن الجده

محجوبة بالأم والأخت لأم محجوبة بالبنت ، والأم والبنت معسرتان لا تحوزان كل التركة ، فالأم لها السدس وللبنت النصف وللأخ الشقيق الباقى ، هذه هى أهم القواعد فى النفقة على الأقارب للمذهب الحنفى وهو المعمول به فى مصر .

١- وجوب النفقة مرتبط بالحاجة باستثناء الزوجة فنفقتها واجبة على زوجها حتى ولو كانت أغنى الأغنياء ، لأن وجوب النفقة لها لحبسها لحق الزوج ، فالأصل فى النفقة : أن ينفق الإنسان من ماله ، صغيرا كان أم كبيرا ذكرا أم أنثى ، قادرا على العمل والكسب أم عاجزا عنه باستثناء الزوجة كما ذكرنا .

٢- نفقة الأولاد الذين لا يملكون شيئا تكون واجبة على أبيهم وحده لا يشترك معه أحد ، فأولاده جزء منه وإنفاقه عليهم كالإنفاق على نفسه ، ونسبهم له فالغرم بالغنم أى النفقة مقابل انتسابهم إليه ، ونفقة الآباء تجب على أولادهم لا يشاركهم فيها أحد عند الحنفية ، فالولد جزء أبيه وللأب شبهه فى مال ابنه لقوله ﷺ : " أنت ومالك لأبيك " وإذا تعدد أولاده فالنفقة عليهم بالتساوى دون فرق بين ذكر وأنثى ولا بين الوارث وغير الوارث لأن الجميع جزء من أبيهم ، وفى رواية عن أبى حنيفة أن النفقة تكون بنسبة أنصبتهم فالابن عليه من النفقة ضعف الأنثى . وهذه القاعدة وإن كانت تتفق مع قاعدة الغرم بالغنم التى ذكرناها إلا أنها لا

تشمل كل صور وجوب النفقة على الأولاد بل تقتصر على الوارثين منهم فقط ، والنفقة تجب على الأولاد سواء أكانوا وارثين أم لا ، والعدل فيها افتراضى تقديرى لا حقيقى ، لأن الأب المحتاج للنفقة حينما يتوفى لن تجد له تركة تورث .

٣- إن نفقة الأصول والفروع تكون واجبة من تاريخ حاجتهم إليها وليس من تاريخ قضاء القاضى ، أما نفقة غيرهم من الأقارب الآخرين فلا تجب إلا من تاريخ الحكم بها .

٤- الفقير القادر على العمل والكسب لا تجب عليه نفقة إلا لأصوله وفروعه وزوجته ، لنه مطالب بالعمل والضرب فى الأرض للوفاء بحاجاتهم المعيشية ، وإن امتنع عن الإنفاق عليهم أجبر على ذلك .

٥- إذا اختلف المنفق والمنفق عليه فى الديانة فلا تجب النفقة عليه إلا لأصله أو فرعه أو زوجته .

٦- الغائب لا تفرض فى ماله نفقة إلا إذا كان أصلا أو فرعا أو زوجا ، فإذا كان الغائب من الحواشى فلا تفرض عليه نفقة للغير فى ماله ، وإنما تفرض على القريب الحاضر حتى ولو كان أقل رتبة من القريب الغائب ، ويعتبر الغائب معسرا ، فهذا النوع من النفقة يحتاج إلى حكم من القاضى والقاضى لا يحكم على الغائب المذكور عند الحنفية ، ولا

يمكن انتظاره إلى أن يأتى من غيبته لأن النفقة وجبت للحاجة .

٧- النفقة الواجبة للأقارب تكون بقدر الكفاية لأنها شرعت لدفع حاجتهم والحاجة تندفع بالكفاية ، باستثناء نفقة الأولاد على أبيهم الموسر فإنها تكون بحسب ما يراه القاضى ، فللقاضى أن يفرض لهم نفقة الخادم إذا رأى حاجة الولد إلى ذلك .

٨- عند امتناع المنفق القادر الموسر عن دفع النفقة لمستحقيها فإنه يحبس حتى ولو كان أبا ، وحبس الأب لا يكون إلا لدين النفقة ، أما غير الأب فيحبسون فى الدين مطلقا ، وحبس الأب وإن كان إيذاء وإضرار له لكنه مباح لدفع ضرر أعلى وهو دفع الهلاك عن الولد والقاعدة العامة : يتحمل أدنى الضررين لدفع أعلاهما .

٩- تسقط نفقة الأقارب بمضى المدة ، وقدرها الحنفية بشهر فأكثر من وقت القضاء بها ، لأنها وجبت لسد حاجاتهم ، وفوات هذه المدة دليل على أنه غير محتاج إليها فى تلك المدة ، باستثناء النفقة التى حكم بها القاضى وأذن للمنفق عليه فى الاستدانة ، أو كانت الاستدانة بإذن المنفق فإنها لا تسقط بمضى هذه المدة ، وكذا نفقة الزوجة فإنها أيضا لا تسقط بمضى المدة ، وأما نفقة الصغير فيرى البعض من الحنفية أنها كنفقة الزوجة لا تسقط بمضى المدة وتكون دينا فى ذمة المنفق من تاريخ التراضى عليها أو الحكم بها ،

ولكنها من الديون الضعيفة التى تسقط بوفاة الصغير ، ولكنها تنقلب إلى دين قوى إذا تمت الاستدانة بإذن المنفق أو القاضى ، والقضاء عندنا يطبق هذا القول وهو الراجح فى رأيى لعدم تحقق العلة من إسقاطه بمضى المدة وهى عدم الحاجة إليها ، لأن الصغير فى معظم الأحوال يكون فى حضانة أمه ، فإذا تأخر حصوله على النفقة فإنها تتولى الإنفاق عليه من مالها .

١٠- يتولى بيت المال الإنفاق على الفقراء الذين لا يوجد لهم أقارب موسرين فهذه إحدى وظائف بيت مال المسلمين (الخزانة العامة) فى الدولة المسلمة .

انتهت أبواب الكتاب وفصوله ومباحثه : والحمد لله رب العالمين وأرجو أن أكون قد وفقنى الله فى هذا العمل المتواضع ، وان يتقبله وأن يكون نافعا لطلبتى وطالباتى ، والصلاة والسلام على خير المرسلين محمد بن عبد الله وآله وسلم .

﴿ المحتويات ﴾